

UNIVERSIDAD COMPLUTENSE DE MADRID

FACULTAD DE DERECHO

Departamento de Derecho Administrativo



TESIS DOCTORAL

El daño causado por la administración sanitaria: presupuestos y valoración

MEMORIA PARA OPTAR AL GRADO DE DOCTOR

PRESENTADA POR

Esther de Alba Basterrechea

Director

Tomás Cano Campos

Madrid, 2017

Universidad Complutense de Madrid

Facultad de Derecho
Departamento de Derecho Administrativo



TESIS DOCTORAL

El daño causado por la
Administración sanitaria:
presupuestos y valoración

Esther de Alba Bastarrechea

Director:
Profesor Doctor Tomás Cano Campos
Madrid, 2015

ÍNDICE

| | |
|--|---------------|
| AGRADECIMIENTOS | 1 |
| ABREVIATURAS | 3 |
| RESUMEN | 5 |
| ABSTRACT | 11 |
| PARTE I: PRESUPUESTOS DE LA VALORACIÓN DEL DAÑO | 23 |
| CAPÍTULO I. EL DAÑO. TIPOLOGÍA DEL DAÑO | 23 |
| 1. DAÑO PATRIMONIAL | 28 |
| 2. DAÑO EXTRAPATRIMONIAL | 33 |
| 2.1 Daño corporal | 33 |
| 2.1.a) Lesiones | 35 |
| 2.1.b) Secuelas | 38 |
| 2.2 Daño moral | 39 |
| 3. EXCLUSIÓN DE LOS DAÑOS PUNITIVOS | 47 |
| CAPÍTULO II. FUNCIÓN DEL DERECHO DE DAÑOS | 55 |
| 1. FUNCIÓN COMPENSATORIA | 57 |
| 2. FUNCIÓN PREVENTIVA | 61 |
| 3. FUNCIÓN PUNITIVA | 65 |
| 4. INCIDENCIA DE LAS FUNCIONES DEL DERECHO DE DAÑOS EN LA CUANTÍA DE LA INDEMNIZACIÓN | 66 |
| CAPÍTULO III. ANTECEDENTES HISTÓRICOS DE LA VALORACIÓN DEL DAÑO CORPORAL | 69 |
| 1. ANTECEDENTES DE DERECHO COMPARADO | 69 |
| 2. DERECHO HISTÓRICO ESPAÑOL | 75 |
| 3. SITUACIÓN ACTUAL Y PROPUESTAS | 80 |
| CAPÍTULO IV. SISTEMA EMPÍRICO | 87 |
| 1. CONCEPTO Y CARACTERÍSTICAS | 87 |

| | |
|--|-----------|
| 2. POSITIVIZACIÓN EN EL DERECHO COMPARADO | 89 |
|--|-----------|

| | |
|---|------------|
| CAPÍTULO V. SISTEMA DE BAREMOS. DERECHO COMPARADO | 97 |
| 1. INTRODUCCIÓN | 97 |
| 2. DIRECTIVA 2005/14/CE DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO DE 11 DE MAYO DE 2005 Y TRASPOSICIÓN DE LA MISMA AL DERECHO ESPAÑOL MEDIANTE LA LEY 21/2007, DE 11 DE JULIO DE REFORMA DE LA LEY DE RESPONSABILIDAD CIVIL Y SEGURO EN LA CIRCULACIÓN DE VEHÍCULOS A MOTOR | 100 |
| 3. DERECHO COMPARADO | 104 |
| 3.1. Alemania | 105 |
| 3.2. Francia | 105 |
| 3.3. Italia y Portugal | 106 |
| 3.4. Bélgica | 106 |
| 4. DAÑO MORAL Y DERECHO COMPARADO | 109 |
| 4.1 Alemania | 111 |
| 4.2 Francia | 112 |
| 4.3 Gran Bretaña | 112 |
| 4.4 Italia | 113 |

| | |
|--|------------|
| CAPÍTULO VI. LA APLICACIÓN DEL BAREMO PARA LA VALORACIÓN DE DAÑOS CAUSADOS A LAS PERSONAS EN ACCIDENTES DE CIRCULACIÓN | 117 |
| 1. ANTECEDENTES | 117 |
| 2. LA POSICIÓN INICIAL DEL TRIBUNAL SUPREMO SOBRE EL SISTEMA DE BAREMO VINCULANTE | 119 |
| 3. EL CRITERIO DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL SOBRE EL BAREMO Y SU CARÁCTER VINCULANTE EN LOS ACCIDENTES DE CIRCULACIÓN: LA SENTENCIA 181/2000, DE 29 DE JUNIO | 123 |
| 4. LA EVOLUCIÓN DE LA DOCTRINA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL SOBRE EL SISTEMA LEGAL VALORATIVO | 127 |
| 4.1 Confirmación del carácter vinculante del baremo para el ámbito de los accidentes de circulación | 127 |
| 4.2 Posibilidad de aplicación orientativa del baremo de tráfico en otros ámbitos | 129 |
| 4.3 Cuantías indemnizatorias compatibles con la dignidad de la persona y principio de indemnidad | 134 |
| 4.3. a) Por incongruencia omisiva | 136 |

| | | |
|-----------|--|------------|
| 4.3. b) | Por valoración de la prueba | 136 |
| 4.3. c) | Por verificación del cumplimiento del requisito de la motivación | 137 |
| 5. | LA LEY 35/2015, DE 22 DE SEPTIEMBRE DE REFORMA DEL SISTEMA PARA VALORACIÓN DE LOS DAÑOS Y PERJUICIOS CAUSADOS A LAS PERSONAS EN ACCIDENTES DE CIRCULACIÓN | 140 |
| 5.1. | Estructura de la reforma | 140 |
| 5.2. | Principios del sistema de valoración | 142 |
| 5.3. | Cuestiones generales | 144 |
| 5.4. | Perjuicios extrapatrimoniales | 145 |
| 5.4. a) | Perjudicados en caso de muerte | 145 |
| 5.4. b) | Perjuicio personal particular en caso de muerte | 146 |
| 5.4. c) | Perjuicio personal básico y perjuicio particular en el caso de secuelas | 146 |
| 5.4. d) | Perjuicio personal básico y perjuicio particular en el caso de lesiones temporales | 148 |
| 5.5 | Perjuicios patrimoniales | 148 |
| 5.5.a) | Daño emergente en caso de muerte | 149 |
| 5.5.b) | Daño emergente en casos de secuelas | 149 |
| 5.5.c) | Daño emergente en casos de lesiones temporales | 150 |
| 5.5.d) | El lucro cesante en caso de muerte | 150 |
| 5.5.e) | El lucro cesante en caso de secuelas | 151 |
| 5.5.f) | El lucro cesante en caso de lesiones temporales | 152 |

PARTE II. VALORACIÓN DE LOS DAÑOS ESPECÍFICOS DERIVADOS DE LA ASISTENCIA MÉDICA O SANITARIA 153

| | | |
|--------------------|---|------------|
| CAPÍTULO I. | VULNERACIÓN DEL DERECHO A LA INFORMACIÓN DEL PACIENTE | 153 |
| 1. | CONCEPTO | 153 |
| 2. | LA FORMA DE PRESTAR EL CONSENTIMIENTO | 159 |
| 3. | CONTENIDO Y ALCANCE DE LA INFORMACIÓN | 162 |
| 4. | LA RESPONSABILIDAD DERIVADA DEL INCUMPLIMIENTO DEL DEBER DE INFORMACIÓN EN LA JURISPRUDENCIA | 165 |
| 4.1 | No concurrencia de daño corporal | 167 |
| 4.2 | Concurrencia de daño corporal | 171 |
| 4.2.a) | Si no existe nexo causal entre la falta de consentimiento informado y el daño sufrido por el paciente | 173 |
| 4.2.b) | Si la falta de información y consentimiento es causa del daño | 173 |
| 4.2.c) | Diferencia de criterio para la medicina asistencial y la medicina opcional | 174 |

| | |
|--|-----|
| 5 LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL (STC) 37/2011, DE 28 DE MARZO | 177 |
| 6 EL CRITERIO DE LOS ÓRGANOS CONSULTIVOS | 184 |
| CAPÍTULO II. PÉRDIDA DE OPORTUNIDAD | 189 |
| 1. CONCEPTO | 189 |
| 1.1 Vertientes de la pérdida de oportunidad | 190 |
| 1.2 Teoría de la causalidad probabilística | 191 |
| 1.3 Daños de posible producción en el futuro | 193 |
| 1.4 Concreción en el ámbito sanitario | 193 |
| 2. VALORACIÓN EN LOS ÓRGANOS CONSULTIVOS | 198 |
| 2.1 Cuantificación discrecional de la indemnización | 198 |
| 2.2 Vinculación con las probabilidades de la oportunidad perdida | 201 |
| 2.3 Identificación con daño moral | 206 |
| 3. VALORACIÓN EN LOS ÓRGANOS JURISDICCIONALES | 215 |
| 3.1 Cuantificación discrecional de la indemnización | 215 |
| 3.2 Vinculación con las probabilidades de la oportunidad perdida | 223 |
| 3.3 Identificación con daño moral | 228 |
| 3.4 Tratamiento del baremo para la indemnización de víctimas de accidentes de circulación. | 231 |
| 4. PÉRDIDA DE OPORTUNIDAD POR FALTA DE CONSENTIMIENTO INFORMADO | 237 |
| CAPÍTULO III. DIAGNÓSTICOS PRECONCEPTIVOS Y PRENATALES | 247 |
| 1. <i>WRONGFUL CONCEPTION</i> | 250 |
| 1.1 Operaciones de esterilización | 251 |
| 1.2 Colocación de mecanismo anticonceptivo | 254 |
| 2. <i>WRONGFUL BIRTH</i> | 258 |
| 3. <i>WRONGFUL LIFE</i> | 263 |
| CAPÍTULO IV. PERJUICIO ESTÉTICO | 269 |
| 1. CONCEPTO | 269 |
| 2. LA MEDICIÓN DEL PERJUICIO ESTÉTICO | 274 |
| 3. LA LIMITACIÓN PUNTUAL DEL PERJUICIO ESTÉTICO | 277 |
| 4. CONCURRENCIA DE PERJUICIO ESTÉTICO Y LESIONES O SECUELAS | 278 |

| | |
|---|---------|
| 5. INFLUENCIA DE LAS CIRCUNSTANCIAS DE EDAD Y SEXO DE LA VÍCTIMA EN LA VALORACIÓN | 279 |
| 6. LA CIRUGÍA ESTÉTICA | 283 |
| 7. EL LUCRO CESANTE ORIGINADO POR PERJUICIO ESTÉTICO | 285 |
| CONCLUSIONES: ESTABLECIMIENTO DE UN BAREMO PARA LA VALORACIÓN DE DAÑOS CAUSADOS EN LA ASISTENCIA SANITARIA | 287 |
| ÍNDICE DE JURISPRUDENCIA | 313 |
| BIBLIOGRAFÍA | 319 |

AGRADECIMIENTOS

Al profesor Dr. D. Tomás Cano Campos, director de esta tesis, por brindarme la oportunidad y la ayuda imprescindibles para realizar este trabajo, sin cuyo apoyo no hubiera sido posible, y por su paciencia y permanente disponibilidad para conversar y ayudarme a estudiar en los últimos años.

A Elvira Pérez Alonso, por su ayuda administrativa, que ha facilitado la presentación de este trabajo.

A Elena Bilbao Alexíades, por su atenta lectura y atinadas observaciones.

A Lucinda Álvarez Molinero, porque además de ayudarme con la revisión formal de esta tesis, siempre tiene una palabra amable, una sonrisa y un mensaje de ánimo y alegría.

A Carlos Yáñez Díaz, por su implicación desinteresada en mi proyecto, por su ayuda y colaboración con la aportación de documentación y bibliografía inestimables y por su ánimo e impulso para que avanzara en mi trabajo.

A mis sobrinos y sobrinas, a quienes dedico todo mi trabajo, aunque no siempre mi tiempo, y a mi familia, por las oportunidades que siempre me han dado y me dan para avanzar en mi formación y por su soporte en todos los actos de mi vida.

ABREVIATURAS

| | |
|----------------|---|
| BOE | Boletín Oficial del Estado. |
| CC | Código Civil. |
| CE | Constitución Española. |
| DIU | Dispositivo Intrauterino. |
| ICEA | Investigación Cooperativa entre Entidades Aseguradoras y Fondos de Pensiones. |
| LGSS | Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social. |
| LOTC | Ley Orgánica del Tribunal Constitucional. |
| LPACAP | Ley del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas. |
| LRCSCVM | Ley de Responsabilidad Civil y Seguro de Circulación de Vehículos a Motor. |
| LRJ-PAC | Ley del Régimen Jurídico de las Administraciones públicas y Procedimiento Administrativo Común. |
| LRJSP | Ley del Régimen Jurídico del Sector Público. |
| PAAF | Punción Aspiración con Aguja Fina. |

| | |
|------------------|--|
| RMN | Resonancia Magnética Nuclear. |
| SAN | Sentencia de la Audiencia Nacional. |
| SEAIDA | Sección Española de la Asociación Internacional de Derecho de Seguros |
| SEGO | Sociedad Española de Ginecología y Obstetricia. |
| SNS | Servicio Nacional de Salud. |
| STC | Sentencia del Tribunal Constitucional. |
| STS | Sentencia del Tribunal Supremo. |
| TAC | Tomografía Axial Computerizada. |
| TOL | Tirant on Line. |
| TRLRCSCVM | Texto Refundido de la Ley de Responsabilidad Civil y Seguro de Circulación de Vehículos a Motor. |

RESUMEN

El inicio de esta tesis tuvo lugar durante el desempeño de mis funciones como letrada del Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid. Allí tuve ocasión de comprobar que ni la doctrina legal ni la jurisprudencia habían abordado con claridad una cuestión que en nuestro trabajo era de aplicación cotidiana: la valoración del daño corporal en las reclamaciones de responsabilidad patrimonial por daños producidos en el curso de la asistencia sanitaria prestada al perjudicado.

El objeto del presente trabajo ha sido examinar, desde una perspectiva crítica, la valoración del daño derivado de la asistencia sanitaria que realizan tanto los órganos administrativos que ejercen la función consultiva como los órganos jurisdiccionales y propugnar la conveniencia de elaborar un baremo que valore los daños ocasionados por la prestación sanitaria a efectos de su indemnización.

El propósito iba encaminado a la búsqueda de un medio o sistema de valoración que tendiese a garantizar, en la mayor medida posible, la seguridad jurídica tanto de los perjudicados como de los causantes del daño –y de sus aseguradoras- sin perder de vista las singularidades y casuística que pueden llegar a tener lugar en una materia tan compleja como es la asistencia sanitaria.

La metodología seguida ha comenzado con el estudio del daño y su diversa tipología en orden a esclarecer la naturaleza de los perjuicios derivados de la atención médica. Así, hemos podido observar la

multiplicidad de cuestiones que ello entraña, pues las repercusiones de la salud sobre las personas implica una pluralidad de daños.

En primer lugar, el daño corporal, de naturaleza extrapatrimonial y en segundo lugar y también extrapatrimonial, el daño moral, entendido como el dolor, sufrimiento, pena que ocasiona un mal estado de salud. También bajo la categoría de daño moral, pero de distinta entidad, se subsumen los daños psicológicos –incluso patologías mentales-, y se identifican con ellos otros aspectos de la asistencia sanitaria que podrían identificarse mejor y más correctamente con el daño corporal, singularmente, la denominada pérdida de oportunidad.

Del mismo modo, y al objeto de una mejor comprensión del tema objeto de estudio, hemos considerado necesario profundizar en las funciones del Derecho de daños en nuestro ordenamiento jurídico y en los de nuestro entorno, todo ello dentro del marco del contexto histórico y de los diferentes sistemas: sistema empírico y sistema de baremos.

En este sentido, si bien la valoración del daño en nuestro ordenamiento es simplemente reparadora y compensadora, no faltan autores que atribuyen al Derecho de daños una función preventiva. Ello es de especial interés para la materia objeto de nuestro estudio por cuanto el Derecho de daños tiene una vertiente pública, administrativa, tanto como privada, civil.

No podemos sustraernos a la realidad de que en nuestro Derecho las indemnizaciones del daño corporal, pese a estar fundamentadas en el sistema empírico, vienen condicionadas por el sistema de baremos, en el que es un hito el sistema de valoración de daños derivados de la circulación de

vehículos a motor. Ello implica un mayor grado de seguridad jurídica, pero tiene el inconveniente de que la aplicabilidad de este baremo queda circunscrita al ámbito de los accidentes de tráfico, y ello en un contexto en el que los órganos jurisdiccionales, celosos de su función juzgadora, se resisten a admitir esta aplicación, más allá de tomarla como un criterio meramente orientativo, concepto que conlleva un notable grado de imprecisión y que permite que en numerosas ocasiones los jueces y tribunales se aparten del mencionado baremo y otorguen cuantías indemnizatorias cuya motivación se circunscribe al “prudente arbitrio” del propio órgano jurisdiccional o a su valoración como daño moral, cuya “difícil cuantificación” supone que la indemnización termine siendo fijada con la única motivación de que es el “prudente” criterio del tribunal.

A tal objeto, hemos estudiado numerosas sentencias de órganos jurisdiccionales, así como dictámenes de órganos consultivos. Tanto la vía administrativa como la judicial adolecen de este problema en cuanto a la fundamentación de sus conclusiones.

Las consecuencias de ello podrían llegar a traducirse en dos aspectos proscritos por nuestro ordenamiento constitucional: la desigualdad de trato y la arbitrariedad en la determinación del *quantum* indemnizatorio.

En nuestro estudio hemos podido constatar la existencia de valoraciones indemnizatorias muy diferentes en su cuantía para daños similares producidos en circunstancias homogéneas.

En este sentido procede también subrayar que el orden jurisdiccional civil se muestra más generoso con las víctimas que la jurisdicción contencioso-administrativa a la hora de establecer el *quantum* indemnizatorio. Ello no deja de resultar paradójico en la medida en que la jurisdicción contencioso-administrativa es la última oportunidad de que dispone el ciudadano para la salvaguarda de sus derechos tras una vía administrativa previa -que no deja de ser un privilegio procedimental- en la que, a diferencia de la Administración, queda obligado a “poner todas sus cartas boca arriba”.

Consideramos que la valoración de la indemnización y su determinación en una cantidad económica que ignore la existencia de parámetros objetivos -que son conocidos por más que no sean de obligado seguimiento- y la sustitución de dichos criterios objetivos y previos por la “prudencia” del órgano jurisdiccional sin mayor motivación, está muy cerca de la arbitrariedad e incurre, sin duda alguna, en la discrecionalidad más absoluta.

A todo ello cabría añadir la inseguridad jurídica que acompaña a la víctima que, sin perjuicio de las singularidades de su caso concreto, no puede saber *a priori*, por ejemplo, si su miembro perdido es o no igual de valioso que el mismo miembro pero siendo la víctima un accidentado de tráfico.

Estas circunstancias, unidas al hecho de que la actividad sanitaria está sujeta al aseguramiento cada vez con mayor frecuencia y asiduidad, objetivando así la responsabilidad exigible, nos lleva a proponer la obligatoriedad del baremo de tráfico para los perjudicados por la asistencia

sanitaria, si bien previa elaboración de un baremo complementario que permita considerar las especificidades de los daños derivados de la atención médica y cuya concurrencia y, por tanto, consignación en el baremo de tráfico, resulta improcedente. Estas especificidades han sido objeto de desarrollo en la tesis y las propuestas que planteamos para las mismas se concentran en la elaboración de un baremo sanitario complementario del baremo de tráfico.

La elaboración de este baremo exigiría la colaboración de las sociedades médicas para la concreción de aspectos tan esenciales como los contenidos adecuados de los documentos de consentimiento informado o los porcentajes de posibilidades de curación, mejoría o mayor expectativa de vida en cuestiones como la pérdida de oportunidad o las relacionadas con los diagnósticos preconceptivos y prenatales.

ABSTRACT

The beginning of this thesis took place during the performance of my duties as a lawyer (counsel) of the Advisory Board of the Madrid Regional Government (Comunidad de Madrid), where I noticed that neither legal doctrine nor jurisprudence in general had clearly addressed an issue that applies to our work on a daily basis: the assessment of bodily injuries in the liability claims for damages arising during the course of healthcare interventions provided to the plaintiff.

The purpose of this study is thus to examine, from a critical perspective, the assessment of damages resulting from healthcare interventions that perform both administrative bodies exercising advisory role and jurisdictional organisms.

The main aim was to find an assessment system intended to guarantee, to the greatest extent possible, the legal rights of both the injured party and those causing the damage -and their insurance companies-, bearing in mind the particularities and examples that accompany the complexity of healthcare interventions.

Our methodology starts with the study of the different types of injuries in terms of the nature of the detrimental consequences derived from medical care. Thus, we identified a several issues that derive from the heterogeneity and variety in personal damages resulting from healthcare interventions.

Firstly we consider body injury, which does not involve pecuniary losses, and secondly, also not resulting in pecuniary losses, are moral damages that include the pain, suffering and grief derived from poor health and illness. Within the latter category, albeit of an inherently different entity, we also consider moral damages –even resulting in mental health pathologies- that result from the loss of opportunity, which we argue should be considered as bodily injuries.

In addition, we deemed necessary to strengthen our understanding of the functions of tort law within our legal system and in the context of those of surrounding countries, as well as within a historical framework that considers both the empirical and scales system.

In this regard, while damage assessment in our legal system is simply restorative and compensatory, there are authors who attribute a preventive role to tort law. This is of particular interest to the subject of our study because tort law has a public, administrative side, as well as a private and civil one. For this reason, we understand that, on the one hand, the obligation to compensate and, on the other, a preventive role somehow positions in the spotlight the liability between private individuals.

We need to acknowledge that according to Spanish law, bodily injury compensation, albeit grounded in the empirical system, is contingent upon the scale system derived from the assessment of damages resulting from motor vehicle circulation. The applicability of such scale system implies a greater degree of legal protection, although it is disadvantageously limited to the scope of traffic accidents. Furthermore, jurisdictional organisms, acting in protection of their adjudicating function, are in general reluctant to

directly apply this scale, considering it merely a guide. As a result, there is a significant degree of uncertainty. Often, judges and courts derive from the aforementioned scale granting compensatory amounts based on the jurisdictional organism's "reasonable discretion" or its appraisal of the magnitude of the moral damages. The latter are difficult to assess objectively, resulting in compensation based solely on the establishment of what the court considers reasonable criteria.

We have studied multiple rulings of diverse jurisdictional organisms as well as the expert judgment of numerous legal advisory boards. From these studies we find out the incidence of this type of problems in both administrative and judicial proceedings. These effects could eventually lead to two aspects prohibited by our constitutional legislation: unequal treatment and arbitrariness. In our study we have confirmed the existence of very different compensatory amounts for similar damages occurring under analogous circumstances.

In this regard it must also be emphasized that civil courts are more generous to the victims when establishing compensatory damages than administrative courts. This results in a paradox because administrative proceedings are the last resource available to citizens for safeguarding their rights in response to a previous civil procedure: a privilege that is provided to the citizen in exchange of an obligation to "show all the cards on the table".

We believe that damage compensation assessment and its concretion into specific monetary amounts by a process that ignores the existence of objective parameters - which are well known although not mandatory –

replacing them by the “reasonable judgment” of the jurisdictional organism, approaches arbitrariness and doubtlessly incurs in discretionary decision making.

In addition, it is important to take into account the legal uncertainty of the victim who, in the absence of damages pertaining to the peculiarities of his/her case, does not know in advance whether or not his/her missing limb is just as valuable as the same limb of an injured traffic victim.

These circumstances together with the fact that health care is ever more frequently and regularly subject to insurance, which makes the required liability objective, leads us to propose the compulsory use of the traffic scale for those who suffer damages during healthcare interventions.

However, it is necessary to previously establish an additional scale that considers the specificities of damages resulting from medical care interventions and whose presence and therefore assignment into the traffic scale is inappropriate. These specificities have been further developed in this thesis and what we propose for them focuses on the development of a healthcare scale complementary to the customary traffic scale. The implementation of this scale would require the cooperation of medical associations in order to specify several items such as: which key aspects should be included in the informed-consent documents for the medical procedure, the chance of recovery, including the success probability for the medical procedure to be undertaken, and quality of life improvement as well as potential increase in life expectancy on issues related to the loss of opportunity or wrongful conception.

INTRODUCCIÓN

Esta tesis doctoral tiene por objeto analizar los problemas jurídicos que plantea la valoración del daño derivado de la asistencia sanitaria en el marco de la responsabilidad patrimonial de la Administración.

El hecho de que el daño cuya valoración es el objeto de examen del presente trabajo pueda ser infligido tanto por la Administración sanitaria –a través de la sanidad pública- como por particulares –a través de la sanidad privada- implica una dualidad que se trasluce en varios aspectos importantes:

En primer término, en la regulación:

Así, la responsabilidad patrimonial de la Administración se regula en el artículo 106 de la Constitución (CE), en la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (LPACAP)¹ y en la Ley 40/2015, de 1 de octubre del Régimen Jurídico del Sector Público (LRJSP)², Cuya entrada en vigor se difiere al 2 de octubre de 2016 –un año después de su publicación- lo que determina la continuidad de la aplicación de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, del Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, desarrollada en lo relativo a esta materia por el Real Decreto,

¹ Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (LPACAP), BOE núm. 236, de 2 de octubre de 2015 (BOE-A-2015-10565)

² Ley 40/2015, de 1 de octubre del Régimen Jurídico del Sector Público (LRJSP) BOE núm. 236, de 2 de octubre de 2015 (BOE-A-2015-10566)

429/1993, de 26 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento de los Procedimientos de Responsabilidad Patrimonial.

Por su parte, la responsabilidad derivada de las actuaciones sanitarias privadas puede tener carácter contractual o no, en este segundo caso su regulación se efectúa a través de la responsabilidad civil extracontractual de acuerdo con lo preceptuado en el artículo 1.902 del Código Civil (CC).

En segundo término, la jurisdicción competente para la resolución de los pleitos relativos a los daños producidos por actuaciones médicas será la jurisdicción civil si el pleito es entre particulares y la jurisdicción contencioso-administrativa si la controversia se plantea entre la Administración sanitaria y el ciudadano perjudicado.

En cualquier caso, hay algo que no puede soslayarse: la actividad que ocasiona el daño es la misma y, lo que es más importante para la materia de estudio que nos ocupa, la tipología de daños que pueden ocasionarse, con independencia del agente dañoso, es también la misma. La valoración también debería serlo.

Por este motivo, la presente tesis doctoral adopta, especialmente en la primera parte, relativa a los presupuestos, un planteamiento global, que es común en el Derecho de daños tanto en la vertiente civil como en la administrativa.

Sirva esta *excusatio non petita* para abundar en que el objeto del presente trabajo es la valoración del daño derivado de la asistencia sanitaria y no el estudio del daño en sí mismo, ni de los requisitos exigidos para que pueda

darse la responsabilidad patrimonial de la Administración, ni tampoco se ahonda en el carácter objetivo o no de la responsabilidad patrimonial de la Administración sanitaria ni en cómo la adecuación a la *lex artis* matiza o sustituye dicha objetividad.

En el estudio de la valoración del daño ocasionado por la asistencia sanitaria se observa una ausencia de criterios homogéneos y ello es lo que ha motivado la temática de esta tesis, respecto de la que es ya pertinente detallar tanto su estructura organizativa como su propósito.

La primera parte trata los presupuestos de la valoración del daño.

El primer capítulo versa sobre la tipología del daño, lo que se justifica porque en la segunda parte se comprobará que los daños ocasionados por la asistencia médica son complejos y no uniformes, por lo que frecuentemente concurren daños económicos y daños morales con las secuelas físicas. Incluso pueden no existir daños corporales -lesiones o secuelas- pero que aun así existan daños indemnizables.

El segundo capítulo muestra las diversas funciones que se atribuyen al Derecho de daños en nuestro ordenamiento y en los ordenamientos de nuestro entorno.

En el estudio se revela que de las funciones contempladas por la doctrina la que más se ciñe a la indemnización del daño derivado de la atención médica es la función compensatoria.

En los asuntos de salud, si el estado del enfermo se agrava o deja secuelas de algún tipo, es a menudo imposible curar por completo al

paciente e incluso restituirlo a su estado de salud inicial, por ello, la indemnización correspondiente no puede considerarse restitutiva sino compensatoria.

En el tercer capítulo se tratan someramente los antecedentes históricos, debiendo subrayar en este punto que se ha procurado dar una atención muy específica a la historia de valoración del daño, en sentido estricto, y no tanto a la historia del Derecho de daños ni de la responsabilidad civil.

Con esta metodología, se pretende demostrar que el sistema de baremos, entendido como la asignación de un valor a una concreta lesión, se ha venido utilizando tradicionalmente como el sistema de reparación más extendido. Sin perjuicio de la existencia del sistema empírico, del cual se trata en el capítulo cuarto y que toma como base las circunstancias concretas del perjudicado para que el órgano que decida la cuantía de la indemnización -usualmente un Tribunal de Justicia- lo haga no conforme a unas reglas generales sino buscando la “justicia del caso”. Es el sistema que rige en los ordenamientos anglosajones y también en los continentales, puesto que por más que se produzca la búsqueda de criterios uniformadores, lo cierto es que los mismos tienen un carácter exclusivamente orientador y, por lo tanto, no resultan vinculantes para el juzgador que, en última instancia, decide la valoración del daño y la indemnización procedente de acuerdo con su propio criterio discrecional.

En esta operación, la ausencia de legislación vinculante para el juez ha supuesto la producción de una jurisprudencia muy dispar en una materia que, además, se encuentra en constante desarrollo, como es la medicina.

En efecto, el ámbito sanitario es uno de los sectores de la actividad administrativa más propicios para la aplicación de la exoneración establecida en el artículo 34.1 de la reciente LRJSP –trasunto del artículo 141.1 LRJ-PAC- pero es también una actividad de riesgo en la que a menudo se manipula el cuerpo humano con intervenciones que, por sí solas, implican una invasión en el cuerpo del paciente para poder sanarlo. En esa invasión del cuerpo del paciente suele haber un riesgo inherente del que el enfermo debe ser protegido.

Esa protección puede tener diferentes manifestaciones, como se expone en este trabajo. Algunas de ellas se podrían traducir en facilitar al paciente algunas certezas, no solo sobre los riesgos que afronta –lo que ya se aborda con su derecho a la información y autonomía- sino también sobre las consecuencias indemnizatorias a que podría haber lugar en el lamentable caso de que dichos riesgos llegaran a verificarse.

Entre esas certezas se encontraría la existencia de una regulación concreta y completa sobre la materia que permitiese que las víctimas pudiesen conocer, siquiera de forma aproximada, una horquilla comprensiva del *quantum* indemnizatorio que podrían recibir como indemnización compensatoria del daño producido.

En lo relativo a las lesiones corporales, la existencia del baremo regulado por la reciente Ley 35/2015, de 22 de septiembre, de reforma del sistema para valoración de los daños y perjuicios causados a las personas en

accidentes de circulación³, que viene a sustituir al anexo al Real Decreto Legislativo 8/2004, de 29 de octubre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley sobre responsabilidad civil y seguro en la circulación de vehículos a motor (TRLRCSCVM), supone la existencia de una referencia, si bien meramente orientadora, pues dicho baremo solo es vinculante para los casos de accidentes de circulación, aunque la disposición adicional tercera parece dar un paso en la aplicación extensiva del baremo cuando establece que “el sistema de valoración regulado en esta Ley servirá como referencia para una futura regulación del baremo indemnizatorio de los daños y perjuicios sobrevenidos con ocasión de la actividad sanitaria”.

En el sexto capítulo se trata del carácter simplemente orientador del baremo de accidentes de tráfico, desde un punto de vista crítico, pues consideramos que las circunstancias de la asistencia sanitaria han evolucionado y que las razones expresadas en su día por el Tribunal Constitucional para admitir la vinculación del baremo de tráfico se dan ahora en el ámbito de la responsabilidad patrimonial de ámbito sanitario y hasta de la responsabilidad patrimonial en general.

El baremo de la Ley 35/2015, de 22 de septiembre, que sustituye al del anexo del TRLRCSCVM, ya trata de forma exhaustiva y muy completa la mayor parte de las lesiones físicas y corporales que se pueden producir, por lo que no se ha encontrado justificación razonable alguna para que este baremo no pueda ser de aplicación, también vinculante, en el ámbito de la responsabilidad patrimonial sanitaria.

³ Ley 35/2015, de 22 de septiembre, de la reforma del sistema para la valoración de los daños y perjuicios causados a las personas en accidentes de circulación, BOE núm. 228, de 23 de septiembre de 2015 (BOE-A-2015-10197)

Llegamos así a la segunda parte de la tesis doctoral, que focaliza su atención en la valoración del daño y su posible baremación a efectos de indemnizar los perjuicios ocasionados por la Administración sanitaria.

Bien es cierto que la actividad médica, por acción u omisión –retrasos u omisiones diagnósticas y, por lo tanto, de tratamiento- puede producir daños, tanto físicos como morales que no están previstos en el baremo de tráfico, circunstancia perfectamente lógica y comprensible en la medida en que el citado baremo solo está concebido para la indemnización de las víctimas de accidentes de circulación de vehículos a motor.

Por ello, en esta segunda parte se tratan las especificidades derivadas de la actividad médica en el ámbito administrativo que constituyen un daño indemnizable. En cada una de ellas hemos seguido la misma metodología: una breve explicación conceptual seguida de los criterios de valoración utilizados por los órganos consultivos que han de emitir dictamen preceptivo sobre una reclamación y de los criterios de valoración utilizados por los órganos jurisdiccionales.

De este examen se infiere una total ausencia de uniformidad.

La impresión que ello produce ha sido expresada por MARTÍN REBOLLO⁴ de forma difícilmente mejorable: “Vaga e imprecisa sensación de insatisfacción derivada del casuismo, de los bandazos jurisprudenciales, de las argumentaciones contradictorias, de algunos supuestos especialmente

⁴ MARTÍN REBOLLO, L.: “Ayer y hoy de la responsabilidad patrimonial de la Administración: un balance y tres reflexiones”, en *La responsabilidad en el Derecho, Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, núm 4, 2000, pág. 281.

significativos, de ciertos excesos, también, de los cambios en el papel de la Administración y de la inseguridad que todo ello produce; inseguridad que proporciona una cierta impresión de vacío, al que tiene horror siempre el jurista”.

Así, llegando ya al capítulo final de las conclusiones, que aquí anticipamos, la tesis sostiene la viabilidad, pertinencia y oportunidad de establecer un baremo que indemnice los daños propios producidos por la Administración sanitaria y que no tienen reflejo en el baremo previsto para los accidentes de tráfico.

Dicho baremo habrá de completar, que no sustituir, el baremo para accidentes de circulación de vehículos a motor, con la finalidad de obtener, de este modo, una medición más completa que la actual sobre el valor que se asigna a los daños producidos por la Administración Sanitaria.

Asimismo, se sostiene la necesidad de que ambos baremos sean vinculantes para la Administración y para el juez, buscando con ello favorecer la seguridad jurídica, que en la actualidad queda desdibujada, con grave desdoro de la función jurisdiccional, lo que es preciso corregir.

PARTE I: PRESUPUESTOS DE LA VALORACIÓN DEL DAÑO

CAPÍTULO I. EL DAÑO. TIPOLOGÍA DEL DAÑO

La indemnización pretende la reparación de un perjuicio causado con objeto de aliviar dicho daño hasta alcanzar la situación más próxima, idéntica si es posible, a la de aquella en la que la lesión no se hubiera producido, es decir, la indemnidad.

En el Derecho español de daños no basta la mera producción de un perjuicio para que este sea indemnizable, es necesaria la concurrencia de otros requisitos y, además, no toda lesión es indemnizable. Como explica PANTALEÓN PRIETO⁵ “Nuestro sistema de responsabilidad extracontractual no es un sistema típico, sino de cláusula general: todo daño puede ser indemnizable, salvo que el interés del lesionado sea indigno de protección en cuanto ilícito o contrario a la moral social”.

En nuestro ordenamiento existen otros límites a la posibilidad de indemnización: es necesario que exista un nexo causal entre el daño y el comportamiento del agente que lo ha causado, el cual de haber sido distinto habría evitado el daño. Como indica DÍEZ PICAZO⁶ “habrá de concurrir

⁵ PANTALEÓN PRIETO, F.: “Comentario al artículo 1.902 CC”, en DÍEZ PICAZO, L., SALVADOR, P., PAZ-ARES, C. y BERCOVITZ, R. (coord.): *Comentario del Código Civil*, Tomo II, Ministerio de Justicia, 1991, pág. 1994.

⁶ DÍEZ PICAZO, L.: *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial V. La responsabilidad civil extracontractual*, Cizur Menor, Civitas Thomson Reuters, 2011, págs. 336 y 337.

necesariamente un título de imputación subjetiva de la responsabilidad que puede producirse por haberse apreciado la existencia de culpa o negligencia o por ser aplicable una norma jurídica en la que se tenga en cuenta el riesgo creado”.

Es preciso, pues, en primer lugar distinguir entre los daños que pueden ser indemnizados, por responder al comportamiento de alguien y los que no son imputables a nadie, como los daños producidos por fuerza mayor.

En los daños causados por un tercero es necesario, a su vez, distinguir entre aquellos que debe soportar el perjudicado y los que no.

Así, relación de causalidad e imputación objetiva⁷ son las dos grandes categorías de requisitos sobre los que pivota el Derecho español de daños, a diferencia de otros sistemas, en los que lo más relevante es el tipo de daño producido además del hecho o acto lesivo.

En el ámbito de la indemnización de los daños acaecidos, lo relevante no es qué hechos, elementos o conceptos han de incluirse en la categoría de daños, sino determinar las condiciones para su reparación.

⁷ Sobre esta materia: BELADIEZ ROJO, M.: *Responsabilidad e imputación de daños por el funcionamiento de los servicios públicos*, Madrid, Tecnos, 1997.

Vid. también MEDINA ALCOZ, L.: “La responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas (II). Elementos. Factores de exoneración, en CANO CAMPOS, T. (coordinador): *Lecciones y materiales para el estudio del Derecho Administrativo, Las garantías de los ciudadanos y el control de las Administraciones Públicas*, tomo IV, Madrid, Iustel, 2009, págs. 97-109.

Como expone GÓMEZ LIGÜERRE⁸ las únicas excepciones a la reparación integral serían las normativas -la imputación objetiva y la causalidad- y las derivadas del comportamiento de la víctima, pues la concurrencia de culpa de la víctima o su omisión, para reducir o minimizar el alcance del daño, permiten disminuir la indemnización e, incluso, obviarla en función de grado de participación en la producción del resultado dañoso final.

La reparación integral plantea numerosas dificultades para ser aplicada de forma real y efectiva. Así, podemos mencionar los problemas relacionados con la prueba del daño, los de la causalidad e imputación, los derivados de la imposibilidad de reparar daños, bienes o derechos insustituibles y los de valoración de esos daños.

Superar estas dificultades para conseguir la indemnidad del lesionado, o aproximarse a ella tanto como sea posible, después de haber acaecido el hecho dañoso, es la función del jurista.

La clasificación de los daños se efectúa habitualmente en relación al tipo de bien afectado o en relación a su forma de reparación.

Si se toma en consideración el tipo de bien afectado podemos distinguir entre daños materiales, daños personales y daños morales. Los daños materiales se circunscriben a los derechos de contenido patrimonial, los daños personales comprenden las lesiones físicas y la muerte de la persona y

⁸ GÓMEZ LIGÜERRE, C.: “Concepto de daño moral”, en GÓMEZ POMAR, F. y MARÍN GARCÍA, I.: *El daño moral y su cuantificación*, Barcelona, Bosch Wolters Kluwer, 2015, pág. 33.

los daños morales son los que se corresponden con bienes intangibles de la personalidad.

Si tomamos en consideración la forma de reparación del daño, la *summa divissio* se establece entre daños patrimoniales y daños extrapatrimoniales, en función de su posibilidad de sustitución o de valoración objetiva de acuerdo con reglas de mercado⁹.

Según PANTALEÓN PRIETO¹⁰ “(...) desde la perspectiva del resarcimiento integral, la única distinción es la que se ha hecho entre los daños patrimoniales y los daños no patrimoniales o morales. Y no la que hace algún jurista español entre los daños materiales (daños a las cosas) y los daños corporales, para preguntar a continuación, cual prueba patente de la veracidad de la premisa, cuánto vale una vida humana, una integridad física o una incapacidad”.

⁹ Para una revisión exhaustiva: MEDINA CRESPO, M.: *La valoración civil del daño corporal. Bases para un tratado. Análisis jurídico del sistema en la Ley 30/1995. Doctrina y jurisprudencia*, Tomo I, Madrid, Dykinson, 1999, págs. 25-35.

Vid. también MARTÍN CASALS, M.: “La <<modernización>> del Derecho de la responsabilidad extracontractual», en XV Jornadas de la Asociación de Profesores de Derecho Civil, <http://derechocivil.net/APDC-2011-PONENCIA-CASALS.pdf>, 2011, pág. 33.

Vid. también MARTÍN CASALS, M. y SOLÉ FELIU, J.: “Comentario al artículo 1902 del Código Civil”, en DOMÍNGUEZ LUELMO, A. (dir.):, *Comentarios al Código Civil*, Valladolid, Lex Nova, 2011, págs. 2047-2048.

¹⁰ PANTALEÓN PRIETO, F.: “Los baremos indemnizatorios en la valoración de los daños a las personas”, en *Documentación Jurídica*, núm. 86, Madrid, Ministerio de Justicia e Interior, 1995, pág. 186.

Los daños personales, por lo tanto, son daños extrapatrimoniales, ya que no es posible determinar su equivalencia económica¹¹, lo que no es óbice para que puedan ser indemnizados mediante su compensación en dinero mediante una valoración de las consecuencias de las lesiones y de su impacto en la vida del perjudicado.

Los daños morales también son extrapatrimoniales, como se deriva de su propia naturaleza, sin perjuicio de admitir que algunos daños morales puedan tener repercusiones patrimoniales en el perjudicado¹².

La reparación del daño se puede realizar de dos formas: bien devolviendo las cosas al estado previo a la producción del evento dañoso

¹¹ No hay posibilidad de equivalencia económica del mismo modo que no hay mercado para este tipo de daños ya que o bien no existe o porque la ley no admite su funcionamiento, como expone CANO CAMPOS, T.: “La transmisión <<mortis causa>> del derecho a ser indemnizado por daños no patrimoniales causados por la Administración”, en *Revista de Administración Pública*, núm. 191, 2013, pág. 118.

En el mismo sentido, *Vid.* RAMOS GONZÁLEZ, S.: “Daño”, en SALVADOR CODERCH, P. (ed.) y otros: “El remedio indemnizatorio en el Derecho español de daños. Análisis, aplicación e instrumentos comparados”, en *InDret*, 4/2012, www.indret.com, pág. 182.

Vid. también GÓMEZ POMAR, F.: “Daño moral”, en *InDret*, 1/2000, www.indret.com, págs. 1 y ss.

CARRASCO PERERA, A: *Derecho de contratos*, Cizur Menor, Aranzadi, 2010, pág. 1231.

ROSSETTI, M.: *Il danno non patrimoniale. Cos'è, come si accerta e come si liquida*, Milano, Giuffrè, 2010, págs. 26-30.

¹² *Vid.* MEDINA CRESPO, M.: *La valoración civil del daño corporal. Bases para un Tratado. Análisis jurídico del sistema incluido en la Ley 30/95. Doctrina y jurisprudencia*, tomo I: *Los fundamentos*, Madrid, Dykinson, 1999, págs. 25-45. En el primer caso habla de daños primarios o daño consistencia; en el segundo, de perjuicio secuencial o secundario (daño consecuencia).

En parecidos términos, MEDINA ALCOZ, L.: “Responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas (II). Elementos. Factores de exoneración”, en CANO CAMPOS, T. (coord.): *Lecciones y materiales para el estudio del Derecho administrativo*, tomo IV, Madrid, Iustel, 2009, págs. 70 y ss.

mediante su sustitución –reparación in natura- o bien mediante la satisfacción de su equivalente económico.

El problema de la valoración surge ante la imposibilidad de sustituir los bienes dañados. La naturaleza irreemplazable de algunos bienes o derechos, como las lesiones físicas o el daño moral es el punto de partida que fundamenta la necesidad de establecer criterios objetivos para la valoración de esta tipología de daños.

1. Daño patrimonial

Conceptualmente ya se ha puesto de manifiesto que el daño patrimonial es aquel cuya reparación es posible mediante la sustitución del bien por otro o mediante su valoración en el mercado.

En cuanto a la reparación del daño patrimonial encontramos dos teorías: la teoría de la lesión o concepción objetiva y la teoría de la diferencia.

La concepción objetiva estima que procede indemnizar únicamente el daño económico efectivamente producido. Así, la valoración del mismo se efectúa de acuerdo con las reglas del tráfico mercantil aplicables a los bienes o derechos perjudicados y la reparación se obtiene mediante la satisfacción de su importe.

Desde un punto de vista crítico¹³ se puede afirmar que se trata de una concepción restrictiva tanto del daño como de su reparación. Si únicamente pueden concebirse como daños los producidos a bienes evaluables en el mercado se pone el énfasis en la valoración del daño pero no en qué daños son susceptibles de ser indemnizados y cuáles no. Ello determina que se pueda considerar más una regla de valoración que una propuesta sobre el concepto de daño.

Por otro lado, la indemnización se limita al daño patrimonial y excluye el daño extrapatrimonial, pues solo se considera la existencia de daño cuando existe lesión a bienes de contenido patrimonial.

Por último, la concepción objetiva del daño tiende a una confusión de los conceptos de restitución y reparación. Así, mientras la restitución constituye pura y simplemente la sustitución del bien dañado por otro igual, la reparación incluye un plus, no es suficiente con la mera restitución, que no se excluye, sino que implica tener también en cuenta los intereses subjetivos afectados por el daño, por lo que la restitución *in natura* puede ser insuficiente para reparar el daño causado.

La teoría de la diferencia, por su parte, identifica el daño con la disminución que se produce en el patrimonio del sujeto afectado, cuyo cálculo se verifica aritméticamente: diferencia entre el valor patrimonial anterior y posterior al hecho dañoso, de acuerdo con criterios de mercado.

¹³ GÓMEZ LIGÜERRE, C.: “Concepto de daño moral”, en GÓMEZ POMAR, F. y MARÍN GARCÍA, I.: *El daño moral y su cuantificación*, Barcelona, Bosch Wolters Kluwer, 2015, pág. 46.

DÍEZ PICAZO¹⁴ cita una STS de 10 de enero de 1979 en la que el Alto Tribunal acoge la teoría de la diferencia al expresar:

“Abarca todo el menoscabo económico sufrido por el acreedor, consistente en la diferencia que existe entre la actual situación del patrimonio que recibió el agravio y la que tendría de no haberse realizado el hecho dañoso, por disminución efectiva del activo, bien por la ganancia perdida o frustrada, pero siempre comprendiendo en su plenitud las consecuencias del acto lesivo, por cuanto el resarcimiento tiene por finalidad devolver el patrimonio afectado a la situación en que se encontraría de no haber mediado el incumplimiento o acto ilícito”.

Esta teoría ha superado el principal inconveniente de la concepción objetiva, pues no se produce confusión entre restitución y reparación, pero no supera la falta de compensación del daño extrapatrimonial. Además, incorpora a la discusión la problemática sobre la *compensatio lucri cum damno* o compensación de los beneficios con el daño.

Esta teoría también ha sido objeto de críticas al no favorecer un concepto jurídico idóneo, por más que resulte útil para un cálculo del daño.

Precisamente la denominada *compensatio lucri cum damno* ha sido una de las cuestiones más controvertidas que se derivan de esta teoría. Así, en los casos en los que es posible la restitución *in natura*, por tratarse el bien dañado de un bien disponible en el mercado, la teoría de la diferencia imposibilita dicha restitución, ya que el objeto nuevo tendrá más valor que

¹⁴ DÍEZ PICAZO, L.: *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial V. La responsabilidad civil extracontractual*, Cizur Menor, Civitas Thomson Reuters, 2011, pág. 332.

el objeto usado cuya sustitución se pretende a modo de reparación, lo que obligaría al perjudicado a devolver al sujeto causante del daño la diferencia entre ambos objetos. Ello obliga, pues, a una restitución de equivalencia económica. Una aplicación práctica de ello tiene lugar habitualmente en el ámbito de los seguros, cuando se aplica la depreciación a los objetos asegurados en relación con el valor de los mismos objetos, pero nuevos.

La idea de que los daños producidos se puedan compensar con las ganancias derivadas de esos mismos daños es muy discutida en nuestro ordenamiento jurídico pese a que puedan darse casos como el citado de la depreciación o supuestos de cobro de indemnizaciones por seguros o, incluso, herencias.

La teoría de la diferencia no permite tampoco valorar las circunstancias concretas de cada caso.

La concepción más extendida del concepto de daño patrimonial es aquella que comprende el daño emergente y el lucro cesante.

Como es bien conocido, el daño emergente lo integran las pérdidas efectivamente sufridas, cuya valoración se establece de acuerdo con el valor de mercado de las mismas.

El lucro cesante son las ganancias dejadas de obtener, cuya valoración encuentra mucha mayor complejidad por cuanto es preciso determinar el criterio conforme al cual procede su indemnización. Sobre ello, el Tribunal

Supremo en reiterada jurisprudencia¹⁵ ha establecido como criterios los siguientes:

“a) Se excluyen las meras expectativas o ganancias dudosas o contingentes, puesto que es reiterada la postura jurisprudencial del Tribunal Supremo que no computa las ganancias dejadas de percibir que sean posibles, pero derivadas de resultados inseguros y desprovistos de certidumbre, cuando las pruebas de las ganancias dejadas de obtener sean dudosas o meramente contingentes, (...).

b) Se excluye, igualmente, la posibilidad de que a través del concepto de lucro cesante y del daño emergente se produzca un enriquecimiento injusto.

c) (...) es necesaria una prueba que determine la certeza del lucro cesante, pues tanto en el caso de éste como en el caso del daño emergente, se exige una prueba rigurosa de las ganancias dejadas de obtener, observándose que la indemnización del lucro cesante, en coherencia con reiterada jurisprudencia de la Sala Tercera del Tribunal Supremo, ha de apreciarse de modo prudente y restrictivo, puesto que no es admisible una mera posibilidad de dejar de obtener unos beneficios.

d) La jurisprudencia excluye del concepto de lesión resarcible aquellos supuestos que por su propia naturaleza, derivados de la eventualidad, la posibilidad o la contingencia, privan de la necesaria actualidad la determinación de dicha cuantía indemnizatoria, lo que también incide en el necesario nexo causal, ya que utilicemos la teoría de la causalidad adecuada

¹⁵ Valga por todas la cita de las SSTs de 20 de enero de 2004, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 7ª (TOL 340.538) y de 22 de febrero de 2006, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 6ª (TOL 846.463)

o la de la equivalencia de las condiciones o la posibilidad de concurso de causas, se niega la existencia de la relación de causalidad entre los daños alegados y el funcionamiento anormal cuando faltan los presupuestos legales para su admisibilidad”.

2. Daño extrapatrimonial

2.1 Daño corporal

Se puede definir el daño corporal como “la consecuencia de toda agresión, exógena o endógena, sobre cualquier parte de la geografía del cuerpo”¹⁶.

La vida y la integridad física y moral son bienes que han obtenido la más alta protección jurídica en nuestro ordenamiento, a través de su regulación constitucional y su comprensión en los tratados internacionales suscritos por España¹⁷.

¹⁶ GARCÍA-BLÁZQUEZ PÉREZ, M. y MARA GARCÍA-BLÁZQUEZ, C: *Nuevo manual de valoración y baremación del daño corporal*, Granada, Comares, 2013, pág. 1.

¹⁷ El derecho a la vida y a la integridad física y moral está regulado en la Constitución Española de 27 de diciembre de 1978 en su artículo 15 y goza de la más alta protección al comprenderse dicho precepto en la Sección Primera del Capítulo II del Título Primero sobre los derechos fundamentales y las libertades públicas. Además, el derecho a la vida es objeto de regulación en el artículo 2 del Convenio de Roma de 4 de noviembre de 1950 para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales y en el artículo 3 de la Declaración Universal de Derechos Humanos de Naciones Unidas de 10 de diciembre de 1948.

El daño corporal supone una lesión a los derechos de la personalidad que implican la vida y la salud –física o psíquica- y por ello resulta de gran dificultad reducir a parámetros estrictamente económicos su valoración.

Como expone GÁZQUEZ SERRANO¹⁸, la dificultad de establecer un concepto de daño corporal reside, por una parte, en su diversidad de manifestaciones y por otra parte, en el hecho de que el daño corporal trasciende la manifestación psíco-física ya que también genera gastos de naturaleza económica además de que habitualmente conlleva incapacidad – si quiera sea temporal-¹⁹, lo que también tiene repercusiones de naturaleza pecuniaria. Por último el daño corporal puede conllevar un sufrimiento consistente en la pena o tristeza de la propia situación.

GARCÍA BLÁZQUEZ y MARA²⁰ exponen que el daño corporal puede tener una doble naturaleza: violenta o natural. La natural se corresponde con las enfermedades y procesos patológicos de la vida. Dentro de la vertiente violenta distinguen tres causas: homicida, suicida y accidental. Posteriormente añaden la agresión como causa de lesiones infligidas con violencia sin resultado de muerte. La causa accidental la clasifican, a su vez, en: accidentes laborales, accidentes de tráfico y accidentes causales,

¹⁸ GÁZQUEZ SERRANO, L.: “Introducción al Sistema para la valoración de los daños y perjuicios causados a las personas en accidentes de circulación, regulados en el anexo de la Ley sobre responsabilidad civil y seguro en la circulación de vehículos a motor”, en LÓPEZ Y GARCÍA DE LA SERRANA, J. (director): *Manual de valoración del daño corporal. Guía de aplicación del Sistema de Baremación para Accidentes de Circulación*, Cizur Menor, Thomson Reuters Aranzadi, 2013.

¹⁹ La incapacidad y sus diferentes modalidades es objeto de regulación en el Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social (LGSS).

²⁰ GARCÍA-BLÁZQUEZ PÉREZ, M. y MARA GARCÍA-BLÁZQUEZ, C: *Nuevo manual de valoración y baremación del daño corporal*, Granada, Comares, 2013, pág. 1.

definiendo estos últimos, de forma negativa, como todos aquellos que se producen fuera del ámbito laboral y de tráfico y “teniendo como único agente la causalidad”

Los daños infligidos con ocasión de la asistencia sanitaria se comprenderían dentro de esta última categoría, dejando de lado que la causalidad no puede ser el agente sino que es un proceso que vincula el daño con el hecho, acto u omisión lesivo producido por un sujeto, que es el agente.

Las manifestaciones propias del daño corporal son las lesiones y las secuelas.

Las manifestaciones de ambas son de la misma tipología:

- Anatómicas, las que afectan a sistemas, órganos, aparatos o tejidos.
- Funcionales, aquellas que son relativas a la finalidad o actividad de sistemas, aparatos u órganos.
- Estéticas, las relacionadas con la apariencia externa del perjudicado y su apreciación propia y ajena.

2.1.a) Lesiones

Las lesiones se caracterizan, respecto de las secuelas, por su temporalidad. Las lesiones son temporales y las secuelas definitivas, por eso es incorrecto hablar de estabilización de las secuelas, pues son las lesiones las que se estabilizan y convierten en secuelas. Por este motivo resulta de

enorme importancia el tiempo de curación a efectos de valoración del daño corporal.

Es preciso partir del tiempo de curación medio de una lesión para poder establecer si se ha producido una extensión excesiva en el tiempo de sanación y si dicho retraso es imputable o no al agente causante del daño, total o parcialmente o si, por el contrario, puede haber concurrencia de culpa del perjudicado, circunstancia que influiría en una modulación a la baja de la cuantificación de la indemnización.

En el ámbito sanitario, los factores más influyentes para una elongación del tiempo de curación, según plantean GARCÍA-BLÁZQUEZ y MARA²¹ están en relación con el tratamiento, la edad del perjudicado, la posible preexistencia de enfermedades y las complicaciones sobrevenidas.

La dilatación del tiempo de curación por razón del tratamiento, a su vez, puede traer causa de múltiples motivos, entre los que cabe destacar muy principalmente el retraso de diagnóstico que suele acarrear un retraso en el tratamiento. Otras razones pueden estar relacionadas con la elección del tratamiento en los casos en los que existen varias alternativas posibles o con la idoneidad del mismo.

La edad del paciente es asimismo muy relevante para el tiempo de curación: los niños mayores de dos años tienen una mayor capacidad regeneradora de los tejidos que los adultos, aunque en periodos de crecimiento crítico los periodos de curación se alargan. Los adolescentes

²¹ GARCÍA-BLÁZQUEZ PÉREZ, M. y MARA GARCÍA-BLÁZQUEZ, C: *Nuevo manual de valoración y baremación del daño corporal*, Granada, Comares, 2013, págs. 5-9.

son los que tienen una media más corta de plazo de curación. Los ancianos, por el contrario ven alargado su tiempo de curación y ello por varios motivos: desde el desgaste de articulaciones y menor capacidad regeneradora de tejidos hasta la existencia de procesos patológicos concurrentes, pasando por dificultades de asistencia.

La presencia de enfermedades preexistentes con las que hay que tratar, además de la patología concreta que se produzca en un momento dado, es otra de las causas que pueden implicar un retraso en la curación. Así, es frecuente la existencia de enfermedades crónicas como la diabetes, hipertensión, cardiopatías, enfermedades pulmonares, etc.

Es evidente, por otro lado, que varios de estos factores pueden concurrir y, de hecho, es frecuente que así sea, especialmente en el caso de personas de avanzada edad en las que es muy habitual encontrar patologías crónicas.

Como expone RODRÍGUEZ MARÍN²² el perjuicio más directo a la integridad física de una persona se manifiesta en la incapacidad funcional que le produce y que puede ser temporal o permanente –secuela-.

La incapacidad temporal comienza inmediatamente producida la lesión y se extiende hasta el alta definitiva, con o sin secuelas. Durante el tiempo que dura la incapacidad temporal el perjudicado no ha podido continuar desarrollando con normalidad las actividades que practicaba habitualmente antes de la producción del daño.

²² RODRÍGUEZ MARÍN, C.: “Importancia y manifestaciones actuales del daño en el régimen de responsabilidad civil extracontractual”, en LÓPEZ Y GARCÍA DE LA SERRANA, J.: *Manual de valoración del daño corporal. Guía de aplicación del Sistema de Baremación para Accidentes de Circulación*, Cizur Menor, Thomson Reuters Aranzadi, 2013, págs. 70-75.

No se ha de confundir la incapacidad temporal como periodo de curación con la baja laboral que recibe el mismo nombre, ya que la incapacidad temporal a efectos de valoración del daño es aplicable a sujetos perjudicados que no trabajen y, por lo tanto, no puedan obtener baja laboral, tal es el caso de niños, ancianos, amas de casa, etc.

El tiempo de curación es de suma importancia en la valoración y cuantificación del daño y ha de tenerse en cuenta que su repercusión es directamente económica –gastos de farmacia, traslados, lucro cesante, etc.- como no pecuniaria, aunque evaluable económicamente –*pretium doloris*, *pretium affectionis*, daño estético, etc.-

2.1.b) Secuelas

La secuela es un menoscabo en la integridad física o psíquica de la persona que tiene lugar desde el momento de la producción del daño y que perdura, con mayor o menor intensidad, después de finalizado el tiempo de curación.

Como ya ha quedado expuesto anteriormente, las secuelas, desde un punto de vista ceñido estrictamente a la afectación del sujeto perjudicado pueden ser anatómicas, funcionales, estéticas, psíquicas o morales. Ahora, bien, su clasificación más relevante, a efectos de su valoración con finalidad indemnizatoria, es la que está relacionada con su repercusión laboral complementada con la capacidad residual para la actividad habitual de la víctima o para la vida ordinaria.

En definitiva, podemos afirmar que la evaluación del daño corporal, en realidad, solo puede fijarse en términos subjetivos. No obstante, la objetividad es necesaria y deviene exigida en la medida en que la subjetividad del perjudicado no puede imponerse al agente dañoso. Ello implica que únicamente desde una objetivación legal pueda alcanzarse una satisfacción de ambas partes.

La atribución de un valor económico al dolor físico o psíquico entraña una enorme dificultad, como es obvio, pero tiene como finalidad aportar una compensación al sufrimiento padecido por la víctima e infligido por el agente dañoso.

Ello exige admitir que la reparación económica es la única posible para indemnizar el daño corporal. Sentada esta premisa, se impone conferir un valor a la vida humana y a la integridad física –en sus posibles múltiples manifestaciones- y moral.

La cuestión que surge entonces es ¿de qué modo?

2.2 Daño moral

Como acertadamente explican MARTÍN CASALS y SOLÉ FELIÚ²³ “(...) una primera aproximación conduce a dar una definición negativa del daño moral. Daño moral es, así, el perjuicio que experimenta una persona y

²³ MARTÍN CASALS, M. y SOLÉ FELIÚ, J.: “El daño moral”, en CÁMARA LAPUENTE, S. (coord.): *Derecho privado europeo*, Madrid, Colex, 2003, pág. 858.

que no afecta a su patrimonio, ni a sus ingresos, ni puede cuantificarse económicamente con referencia a un valor de mercado”.

DÍEZ PICAZO²⁴ se muestra muy crítico con esta definición negativa a la que califica de “puro escapismo de problemas que tanto en lógica como en pura exégesis del ordenamiento jurídico resultan muy difíciles de resolver”. Este autor considera que, en la medida en que el ordenamiento jurídico regula la indemnización de daños con carácter genérico²⁵, resulta preceptivo encuadrar el daño moral dentro de la regulación normativa. En este ejercicio surge el problema de la valoración del daño pues esta solo es posible conocido el concepto.

GARCÍA LÓPEZ²⁶ considera que el daño moral “es la lesión o menoscabo de los bienes o derechos que pertenecen al ámbito personal de la esfera jurídica el sujeto de derecho”.

BARRIENTOS ZAMORANO²⁷ lo define como “la contravención de derechos extrapatrimoniales de una persona”.

²⁴ DÍEZ PICAZO, L.: *El escándalo del daño moral*, Cizur Menor, Thomson Civitas, 2008, págs. 75 y 76.

²⁵ Tal es la previsión normativa de los artículos 106 de la Constitución y 1.902 del Código Civil.

²⁶ GARCÍA LÓPEZ, R.: *Responsabilidad civil por daño moral. Doctrina y jurisprudencia*, Barcelona, Bosch, 1990, págs. 78 y 79.

²⁷ BARRIENTOS ZAMORANO, M.: *El resarcimiento del daño moral en España y en Europa*, Salamanca, Ratio Legis, 2007, págs. 42-43.

VICENTE DOMINGO²⁸ se inclina por una noción estricta del daño moral como perjuicio psicológico derivado de la lesión de un bien de la personalidad.

Con estas definiciones el daño moral se vincula a los derechos de la personalidad, lo que a su vez implica que la distinción respecto de otros daños –como el patrimonial o el corporal- trae causa del bien jurídico afectado.

El Tribunal Supremo²⁹, por su parte ha definido el daño moral como aquel “que representa el impacto, quebranto o sufrimiento psíquico que ciertas conductas, actividades o, incluso, resultados pueden producir en la persona afectada y cuya reparación va dirigida a proporcionar, en la medida de lo posible, una compensación a la aflicción causada, cuya determinación compete al juzgador de la instancia”.

Con este fundamento en la premisa de la existencia de un sufrimiento psíquico, el Alto Tribunal³⁰ ha precisado algunas concreciones de este al afirmar:

²⁸ VICENTE DOMINGO, E.: *Los daños corporales: tipología y valoración*, Barcelona, Bosch, 1994, págs. 47 y ss.
También VICENTE DOMINGO, E.: «El daño», en L. F. REGLERO CAMPOS (coord.), *Tratado de responsabilidad civil*, tomo I, Cizur Menor, Aranzadi, 2002, pág. 326.
Vid. también, SÁNCHEZ GONZÁLEZ, M. P.: “Responsabilidad de la Administración por daños morales”, en QUINTANA LÓPEZ, T.: (dir.), *La responsabilidad patrimonial de la Administración Pública*, tomo I, 2.ª ed., Valencia, Tirant lo Blanch, 2013, págs. 772-773.

²⁹ STS de 12 de julio de 1999, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 6ª (TOL 1.715.900)

³⁰ STS de 31 de mayo de 2000, Sala Primera (TOL 6.613)

“La situación básica para que pueda darse lugar a un daño moral indemnizable consiste en un sufrimiento o padecimiento psíquico (Sentencias 22 de mayo de 1995, 19 de octubre de 1996, 27 de septiembre de 1999). La reciente jurisprudencia se ha referido en diversas situaciones, entre las que cabe citar el impacto o sufrimiento psíquico o espiritual (Sentencia de 23 de julio de 1990), impotencia, zozobra, ansiedad, angustia (Sentencia de 6 de julio de 1990), el trastorno de ansiedad, impacto emocional, incertidumbre consecuente (Sentencia de 27 de enero de 1998), impacto, quebranto o sufrimiento psíquico”.

Como expone DÍEZ PICAZO³¹, el origen de la incorporación a nuestro ordenamiento jurídico de la figura del daño moral tiene lugar en la bien conocida Sentencia del Tribunal Supremo de 6 de diciembre de 1912³²: uno de los periódicos más populares de principios el siglo pasado informó de que una joven se había fugado con un fraile capuchino habiendo tenido descendencia juntos. Pocos días después el periódico reconoció la falsedad de la noticia, pese a lo cual fue condenado a indemnizar a la joven el daño moral infligido al haber violado su “honra, honor y fama” y porque los hechos constituyeron una “expoliación de la dignidad personal, familiar y social de la joven ofendida, violentamente despojada de todos sus títulos de pudor y honestidad que la hacían acreedora a la estimación pública (...)”.

Siguiendo al citado autor, la jurisprudencia del Tribunal Supremo incorporó a la posibilidad de indemnizar, en concepto de reparación de daño

³¹ DÍEZ PICAZO, L: *El escándalo del daño moral*, Cizur Menor, Thomson Civitas, 2008, págs. 117-123.

³² STS de 6 de diciembre de 1912, Sala Primera, Sección 1ª (TOL 5.051.925)

moral, la muerte y las lesiones corporales a partir de la Sentencia de 17 de febrero de 1956³³ en la que ya se plantearon muchos de los problemas relacionados con la indemnización de la muerte, los daños corporales y otros daños inherentes a estos. Se trata del caso de una joven de quince años fallecida a consecuencia de una maniobra de atraque defectuosa en un puerto. Demandaron los padres de la difunta, que no habían sido declarados herederos de la misma. En la resolución, el Tribunal Supremo cita sentencias de la Sala de lo Penal (sentencias de 30 de noviembre de 1932 y 4 de marzo de 1944), que expresamente afirman que la indemnización por muerte se transmite a los herederos, y también alguna de la propia Sala de lo Civil (Sentencia de 20 de diciembre de 1930), que no admitía dicha posibilidad al entender que, de haberse producido la muerte instantáneamente, la víctima no pudo llegar a recibir en su patrimonio el derecho a ser indemnizada, por lo que tampoco resultaba transmisible a su herederos “de suerte que por este hecho nació una nueva acción a favor de quienes no tienen necesidad de justificar la condición de herederos, sino de hijos y cónyuge del difunto”, estableciendo así, para hijos y cónyuge la posibilidad de ser reclamantes *iure proprio*.

Añade el Alto Tribunal que la Sentencia de 8 de abril de 1936:

“Hubo de proclamar que nuestro ordenamiento jurídico no ampara la tesis según la cual el derecho a exigir indemnización de perjuicios en caso de muerte es de índole patrimonial, ingresado en el caudal hereditario de la víctima y transmisible a sus herederos, y por ello resulta conveniente para la mejor inteligencia del tema propuesto fijar, aunque sea elementalmente,

³³ STS de 17 de febrero de 1956, Sala Primera, Sección 1ª (TOL 4.379.219)

casos y conceptos, distinguiendo al efecto en relación al difunto, por una parte, unos perjuicios de carácter patrimonial, como los de entierro y funeral, que constituyen cargas hereditarias (artículos 840, 902 y 903 del expresado Código Civil), y, cuando no se trate de muerte instantánea, los de clínica y farmacia, impedimento para el trabajo, etcétera, que dan nacimiento a una acción de indemnización de la de aquéllos a favor de sus herederos desde luego, y la de estos a favor del causante, pero transmisible a sus derechohabientes; y por otra, el daño moral constituido por el dolor psicofísico que la lesión mortal hace sufrir a la víctima, que aunque compensable también crematísticamente –*pecunia doloris*- en la forma prudencial en que puede serlo, respecto al cual sigue constituyendo aún en la doctrina de la jurisprudencia un problema: el de la transmisibilidad de la acción competente a los herederos, sobre todo en el supuesto de muerte instantánea, supuesto este que entendido como simultáneo de la lesión no todos admiten.

Pero al lado de estos principios y con absoluta independencia de los mismos surgen además no solo los daños de carácter moral que experimentan también los parientes más allegados de la víctima lesionados en sus afecciones más íntimas y legítimas e indemnizables igualmente en dinero, según expresamente ha sido reconocido por este mismo Tribunal en la Sentencia de esta Sala de 10 de julio de 1928, precisamente a favor de los padres de una niña de nueve años víctima de un accidente de automóvil, si bien tomando en cuenta para otorgar la indemnización como en la Sentencia de 6 de diciembre de 1912, origen de la nueva orientación de nuestra jurisprudencia, una repercusión más o menos cierta en el patrimonio individual, sino, además, evidentemente, un daño material, directo y de

orden económico que a los más próximos parientes del difunto se les causa igualmente como el que se origina a la mujer y a los hijos cuando se ven privados de los recursos que con su trabajo e industria les proporcionaba para su subsistencia el cabeza de familia fallecido, o a los padres, en caso de muerte del hijo que les ayudaba de igual forma, para cuya indemnización es indudable que ni unos ni otros necesitan invocar ni mucho menos justificar la cualidad de herederos de la víctima inicial (...).”.

Esta Sentencia puso sobre la mesa hace casi sesenta años cuestiones que a fecha de hoy siguen siendo discutidas doctrinal y jurisprudencialmente.

Así, sigue sin resultar pacífica la transmisibilidad del derecho a la indemnización. Hay posiciones³⁴ que lo consideran un crédito resarcitorio y como tal transmisible y otras que entienden que el derecho a reclamar que no haya sido ejercitado por el fallecido decae, en tanto que si el difunto ejercitó ese derecho la acción sí resulta transmisible. Posición que no deja de ser llamativa pues la acción no es sino un instrumento para poder ejercitar un derecho, y es difícil entender que exista acción si no hay derecho.

Otra de las cuestiones que plantea la Sentencia es la de considerar a los familiares y allegados como perjudicados *iure proprio* por el fallecimiento. Y ello desde dos vertientes:

³⁴ MEDINA CRESPO, M.: *Transmisión hereditaria del crédito resarcitorio por daños corporales. Reconocimiento y cuantía. Doctrina y jurisprudencia*, Barcelona, Bosch, 2013. CANO CAMPOS, T.: “Las transmisibilidad <<mortis causa>> del derecho a ser indemnizado por daños no patrimoniales causados por la Administración”, en *Revista de Administración Pública*, núm. 191, 2013, págs. 113-157.

Por un lado, reconoce la existencia de daño moral por el fallecimiento de un ser querido.

Por otra parte, admite indubitadamente la existencia de un daño patrimonial consistente en las repercusiones económicas que para los familiares y allegados tenga la muerte del perjudicado –sobre todo en la vertiente del lucro cesante-, llegando a distinguir a estos familiares personas cercanas como víctimas distintas de lo que el Tribunal denomina “víctima inicial”, lo que implica reconocer la existencia de víctimas posteriores.

Resulta sorprendente que desde que se comenzaron a plantear estos problemas solo la jurisprudencia haya ido dándoles solución sin que el legislador haya aclarado las cuestiones dudosas. También causa perplejidad que la jurisprudencia no haya sido capaz de crear una doctrina uniforme en relación a cuestiones como el lucro cesante derivado del fallecimiento de un familiar y que esta cuestión solo se haya resuelto pacíficamente en el baremo establecido por el Real Decreto Legislativo 8/2004, de 29 de octubre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley sobre responsabilidad civil y seguro en la circulación de vehículos a motor, mejorado por la Ley 35/2015, de 22 de septiembre, de reforma del sistema para valoración de los daños y perjuicios causados a las personas en accidentes de circulación.

3. Exclusión de los daños punitivos

Los denominados daños punitivos –*punitive damages*- son una creación del derecho anglosajón –*Common Law*-, de origen británico pero con acogida enormemente exitosa en los Estados Unidos.

SALVADOR CODERCH³⁵ cita a PROSSER para proponer una definición clásica: “Dichos daños se dan al demandante muy por encima de la completa compensación de sus lesiones, con el propósito de castigar al acusado, de enseñarle a no hacerlo de nuevo y de disuadir a otros de seguir su ejemplo”.

También cita a FLEMING para aclarar la función de los daños punitivos: Los daños punitivos o ejemplarizantes no se centran en la lesión del demandante sino en la escandalosa conducta del demandado, y ello para garantizar una suma adicional, por la vía de la penalización, para expresar la indignación pública y la necesidad de prevención o retribución.

ACCIARI e IRIGOYEN TESTA³⁶ proponen como definición del daño punitivo la de “condenas monetarias civiles, extracompensatorias, que debe afrontar quien actuó con un comportamiento particularmente grave y

³⁵ SALVADOR CODERCH, P.: “Punitive Damages”, en *InDret Revista para el Análisis del Derecho* 1/2000, 013, Barcelona, 2000, pág. 3.

³⁶ ACCIARRI, H. e IRIGOYEN TESTA, M.: “Funciones alternativas a la compensación: prevención y punición”, en GÓMEZ POMAR, F. y MARÍN GARCÍA, I.: *El daño moral y su cuantificación*, Barcelona, Bosch Wolters Kluwer, 2015, pág.

reprochable (...) cuya función-finalidad es la disuasión y sanción”. Estos autores exponen que en el derecho estadounidense se exige que el comportamiento tenga algún componente culposos.

La función de los daños punitivos³⁷ se correspondería con una retribución privada, entre particulares, como expone COLBY³⁸. Conforme a este planteamiento, una actuación reprochable por parte del agente dañoso debe sancionarse en proporción al alcance del daño infligido. Se trata, en definitiva, de una versión de la justicia retributiva unida al concepto del derecho negativo de cada individuo a no ser perturbado por otros.

COLBY³⁹ incluso argumenta que solo existe pena con dos funciones: la disuasoria y la retributiva.

Existe también una posición que propugna que el daño punitivo implica una retribución social y no –o no únicamente- privada. La teoría propugna que si un individuo se extralimita en el ejercicio de sus derechos y con su actuación perjudica derechos de otro u otros, con ello los individuos que actúan dentro de la esfera de sus derechos se perjudican al tiempo que se beneficia precisamente quien se ha extralimitado. Por ello, los daños punitivos no se focalizan solo en restablecer los derechos afectados

³⁷ PANTALEÓN PRIETO, F.: “Cómo repensar la responsabilidad civil extracontractual (también de las Administraciones Públicas)”, en *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, núm. 4, 2000, págs. 167-192.

³⁸ COLBY, T.B.: “Beyond the Multiple Punishment Problem: Punitive Damages as Punishment for Individual, Private Wrongs”, en *Minnesota Law Review*, vol. 87, 2003, pág. 613.

³⁹ COLBY, T.B.: “Clearing the Smoke from Philip Morris v. Williams: The Past, Present and Future of Punitive Damages”, en *The Yale Law Journal*, Vol. 118, núm. 3, 2008, pág. 459.

negativamente –vulnerados- sino en castigar dicha afectación que viola la igualdad de derechos.

PANTALEÓN PRIETO⁴⁰ lo explica con claridad con un ejemplo:

“Cada cierto tiempo renace de sus cenizas el debate sobre la importación de los *punitive damages*. Y sus nuevos defensores se debaten, siempre sin éxito, por eludir el Escila de enriquecer injustificadamente a las víctimas de las conductas a las que pretenden conectar las «indemnizaciones punitivas», sin perecer en el Caribdis de no aplicarles el régimen sustantivo y procesal de la responsabilidad penal o administrativa, si dicha pena pecuniaria hubiera de aplicarse al Estado. Y los más sinceros de entre aquellos defensores prefieren naufragar en Escila: confesar paladinamente que no creen en el Derecho sancionador público; que prefieren uno «privado», en que las víctimas (o sus abogados) sean sus propios «fiscales», incentivados (como sus abogados con succulentas *quotas litis*) por la posibilidad de «indemnizaciones» multimillonarias. Una idea en la que, con toda probabilidad, coinciden con aquellos delincuentes de blanquísimos cuellos que solo temen las penas «no monetizables»: las penas privativas de libertad. Por poner un ejemplo muy actual: supóngase que se demostrase que algunas compañías fabricantes de cigarrillos añadieron al tabaco ciertas sustancias que incrementaban su poder adictivo, ocultando dicho proceder a los fumadores. Yo siempre he pensado que la respuesta jurídica más lógica a esa conducta sería encarcelar durante bastantes años a los administradores de dichas compañías y decomisarles hasta el último dólar con que

⁴⁰ PANTALEÓN PRIETO, F.: “Cómo repensar la responsabilidad civil extracontractual (también de las Administraciones Públicas)”, en *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, núm. 4, 2000, pág. 169.

personalmente se hayan lucrado a consecuencia de su delictiva actuación; pero, a lo que parece, la respuesta que se impone es hacer a los enfermos por fumar (no a los que lo dejaron a tiempo) o a sus familiares mucho más ricos de lo que nunca habrían sido si aquéllos no hubiesen fumado, y hacer muchísimo más ricos a sus abogados, a costa de los accionistas de las referidas compañías y, finalmente, a costa de quienes siguen fumando o de quienes viven del cultivo del tabaco”.

El planteamiento no retribucionista considera que la finalidad sancionadora del daño punitivo no se justifica como conducta dañosa – mediante imposición de condena económica- a un sujeto que ha causado un daño previo a otro sujeto o a la sociedad, sino que su justificación se extrae de la comparación entre la situación ocasionada por el daño y la que correspondería si el evento perjudicial no hubiera tenido lugar. Se fundamenta, pues, en los efectos de las normas sobre el comportamiento tomando como finalidad u objetivo el mayor bienestar social. Esta posición se basa en el utilitarismo, con John Stuart Mill y Jeremy Bentham como principales exponentes

En el derecho continental –*Civil Law*- no están admitidos los daños punitivos y se considera que la indemnización debe alcanzar únicamente la compensación del daño causado, sin que pueda comprender un concepto sancionador.

El fundamento de esta prohibición tiene su origen en la concepción de que el monopolio de la imposición y recaudación de sanciones corresponde exclusivamente al Estado, y puesto que los daños punitivos podrían

considerarse una pena privada se consideran inadmisibles, con carácter general.

SALVADOR CODERCH⁴¹ menciona algunos supuestos en nuestro ordenamiento jurídico y en otros de nuestro entorno en los que se admite una indemnización que supere el daño realmente ocasionado.

Así, en España, en caso de accidente laboral o enfermedad profesional las prestaciones a percibir por el trabajador perjudicado pueden incrementarse entre un treinta y un cincuenta por ciento si el hecho causante constituye una infracción de las normas sobre seguridad e higiene en el trabajo (artículo 123 TRLGSS). Se subraya, además, que el citado incremento corre exclusivamente a cargo del empresario y no es susceptible de aseguramiento.

En Alemania, en caso de vulneración de derechos de propiedad intelectual musical, la jurisprudencia admite la posibilidad de reclamar el doble de los derechos de explotación de la misma.

En Francia, en caso de incumplimiento por parte del deudor de las obligaciones declaradas exigibles judicialmente se puede imponer una multa pecuniaria cuyo beneficiario es el acreedor.

Es evidente que en algunos de los casos indicados nos encontramos al margen del concepto de daño punitivo por habernos situado más bien en supuestos en los que la “indemnización” o, mejor dicho, el alcance de la

⁴¹ SALVADOR CODERCH, P.: “Punitive Damages”, en *InDret Revista para el Análisis del Derecho* 1/200, 013, Barcelona, 2000, pág. 4.

satisfacción del perjudicado supera la compensación o indemnización del daño sufrido.

El derecho estadounidense, que admite los daños punitivos, ha creado un tercer concepto, cual es el de *multiple damages*, en cuya virtud el exceso de cuantificación sobre la compensación adecuada del daño se cifra en una fracción o múltiplo reducido de la cuantía indemnizatoria. Así, la *Clayton Act*, de 1914, permite para daños derivados de vulneraciones del derecho de la competencia que la indemnización pueda llegar al triple del daño ocasionado, al igual que la *Organized Crime Control Act*, de 1970, en el ámbito penal. En ambos casos la finalidad reside en la desincentivación de conductas ilegales –civiles o penales- provocando que el resultado final para el agente que ha ocasionado el daño sea más gravoso que no haber incurrido en ilegalidad alguna.

En el derecho británico, por su parte, se excluyeron los daños punitivos a raíz de una Sentencia de la Cámara de los Lores⁴² por considerarlos incompatibles con la naturaleza estrictamente compensatoria de la indemnización por daños y perjuicios pese a que se conservaron en los casos expresamente previstos por la ley, contra actos del gobierno o sus agentes arbitrarios o inconstitucionales y para evitar beneficios en la conducta antijurídica del demandado.

Los daños punitivos han de diferenciarse de la devolución de un enriquecimiento injusto –*restitutionary damages*–, en los que solo se

⁴² Sentencia de la Cámara de los Lores –*Rookes vs. Barnard* (1964), AC 1129–, citada por SALVADOR CODERCH, P.: “Punitive Damages”, en *InDret Revista para el Análisis del Derecho* 1/2000, 013, Barcelona, 2000, págs. 5 y 6.

devuelve la ganancia obtenida, por lo que, a diferencia de los daños punitivos, si no hay ganancia no hay *restitutionary damage*.

La prohibición de los daños punitivos es generalizada en el derecho continental y en el derecho español. Sin embargo, no hemos de perder de vista que la ausencia de parámetros objetivos que determinen el *quantum* indemnizatorio permite que las indemnizaciones se eleven por encima de la cuantía correspondiente a la compensación del daño, esta circunstancia se revela con mayor nitidez en algunos casos en los que concurre un daño moral, como ejemplo podemos mencionar la Sentencia del Tribunal Supremo de 26 de marzo de 2012⁴³, que MEDINA CRESPO califica de “ejemplarizante no punitiva”.⁴⁴

⁴³ STS de 26 de marzo de 2012, Sala de lo Contencioso- Administrativo, Sección 4ª (RJ 2012/5102)

⁴⁴ MEDINA CRESPO, M: “Responsabilidad patrimonial de la Administración pública sanitaria. Joven que muere tras cesárea y deja hija neonata, viudo y padres. Indemnización por la muerte por cuantía de 1.000.000 €, más 60.000 € por la previa falta de consentimiento informado”, en *Revista de responsabilidad civil y seguro*, núm. 31, 2013.

CAPÍTULO II. FUNCIÓN DEL DERECHO DE DAÑOS

Con carácter previo al estudio de las diversas posibles funciones del Derecho de daños⁴⁵ es preciso esclarecer la existencia de dos posiciones con planteamientos bien diferenciados:

- Por un lado, quienes identifican el Derecho de daños con la responsabilidad civil, así, por ejemplo, DÍEZ PICAZO⁴⁶ u OSSORIO SERRANO⁴⁷.
- Por otro lado, quienes entienden el Derecho de daños como una rama jurídica que comprende la responsabilidad civil pero que no se agota en ella, sino que incluye el estudio de otras materias.

PANTALEÓN PRIETO⁴⁸ ha elaborado una distinción entre la función de la responsabilidad civil extracontractual y otro tipo de responsabilidades.

Así, para subrayar la diferencia con la responsabilidad criminal expone:

⁴⁵SALVADOR CODERCH, P. y CASTIÑEIRA PALOU, M.T.: *Prevenir y Castigar. Libertad de información y expresión, tutela del honor y funciones del derecho de daños*, Madrid, Marcial Pons, 1997, pág. 103.

⁴⁶DÍEZ PICAZO, L.: *Derecho de Daños*, Madrid, Civitas, 1999, pág. 19.

⁴⁷ OSSORIO SERRANO, J.M.: “Introducción al Derecho de daños”, en LÓPEZ Y GARCÍA DE LA SERRANA, J. (director): *Manual de Valoración del Daño Corporal. Guía de Aplicación del Sistema de Baremación para Accidentes de Circulación*, Cizur Menor, Thomson Reuters Aranzadi, 2013, pág. 28.

⁴⁸ PANTALEÓN PRIETO, F.: “Cómo repensar la responsabilidad civil extracontractual (también de las Administraciones Públicas)”, en *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, núm. 4, 2000, págs. 167-192.

- La responsabilidad criminal implica culpabilidad –por dolo o culpa-, en tanto que la responsabilidad civil puede existir sin culpa.
- La responsabilidad penal no depende del resultado lesivo, sino de la gravedad de la conducta reprochable. La responsabilidad civil solo existe si hay daño.
- La responsabilidad penal es personalísima y no es susceptible de transacción ni aseguramiento. La responsabilidad civil, sí.

Este autor también distingue entre responsabilidad civil y otro tipo de protección de derechos subjetivos –menciona las pretensiones reivindicatoria, negatoria, inhibitoria, de eliminación o retracción y la *condictio* por intromisión- y expone que la función de estas normas es reintegrar o restituir a los titulares de los derechos subjetivos correspondientes el poder y las facultades jurídicas que estos les confieren prescindiendo por completo de la culpa e incluso del daño, diferencia de la responsabilidad civil extracontractual en la que el daño es el elemento esencial y la culpa un requisito típico.

Para MEDINA ALCOZ⁴⁹ en nuestro ordenamiento jurídico, desde la Ley de Expropiación Forzosa la función resarcitoria se fue imponiendo con la asunción de principios como el de reparación íntegra y la flexibilidad en la

⁴⁹ MEDINA ALCOZ, L.: “La responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas (I). Sintagma. Fundamento. Función”, en CANO CAMPOS, T. (coord.): *Lecciones y materiales para el estudio del Derecho Administrativo. Tomo IV. Las garantías de los ciudadanos y el control de las Administraciones públicas*, Madrid, Iustel, 2009, pág. 49.

prueba de la culpa, permitiendo diferenciar claramente la responsabilidad civil de la penal.

RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ⁵⁰ aporta una perspectiva profunda e interesante desde la Filosofía y la Historia del Derecho.

Por su parte, BUERES y PICASSO⁵¹ afirman que “la tutela inhibitoria puede estar contemplada en normas penales, administrativas y también en el Código Civil. (...) En definitiva, la tutela inhibitoria integra el Derecho de daños sin que sus normas se superpongan con las de la responsabilidad civil (...)”.

Como claramente puede inferirse, una posición entiende que el Derecho de daños, al corresponderse identitariamente con la responsabilidad civil, solo puede tener una función compensatoria, en tanto que la otra considera que cabe alguna función además de la compensación por el daño causado.

1. Función compensatoria

El Derecho de daños cumple una función reparadora o compensadora de un perjuicio ocasionado previamente, con la finalidad de que el perjudicado

⁵⁰ RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, I.: “Justicia conmutativa y derecho de daños: los orígenes escolásticos de la responsabilidad civil”, en *Teoría y Derecho*, núm. 12/2013 (TOL 4.051.563).

⁵¹ BUERES, A. y PICASSO, S.: “La función de la responsabilidad civil y los daños punitivos”, en *Revista de Derecho de Daños*, II, 2011, pág. 48.

quede en su esfera subjetiva, tanto patrimonial como extrapatrimonial, en idéntica situación que con carácter previo a sufrir el daño.

Como con mucha claridad lo expresa MEDINA ALCOZ⁵² “El Derecho de la responsabilidad por daños, en general, cumple una función resarcitoria, compensatoria o satisfactiva. Su fin institucional es reparar el equilibrio personal o patrimonial alterado; proporcionar al perjudicado los medios económicos necesarios para conseguir experiencias placenteras que contrarresten las desagradables derivadas del hecho dañoso”.

En la compensación cabe distinguir:

- Reparación *in natura*, cuando el daño se produce sobre un bien que puede ser reemplazado por otro igual.
- Reparación en dinero, cuando el daño no se puede compensar con la simple sustitución de cosa por cosa. Esta es la más frecuente y la única posible para el caso de daños extrapatrimoniales, que son los más habituales en el ámbito de la responsabilidad sanitaria. Así lo opina también MARTÍN CASALS⁵³. SÁNCHEZ GONZÁLEZ⁵⁴ lo explica argumentando que se ofrecen unos bienes, usualmente dinero,

⁵² MEDINA ALCOZ, L.: “La responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas (I). Sintagma. Fundamento. Función”, en CANO CAMPOS, T. (coord.): *Lecciones y materiales para el estudio del Derecho Administrativo. Tomo IV. Las garantías de los ciudadanos y el control de las Administraciones públicas*, Madrid, Iustel, 2009, pág. 49.

⁵³ MARTÍN CASALS, M.: “Notas sobre la indemnización del daño moral en las acciones por difamación de la LO 171982”, en Asociación de Profesores de Derecho Civil. Centenario del Código Civil (1889-1989), Tomo II, Madrid, CEURA, 1991, pág. 1231.

⁵⁴ SÁNCHEZ GONZÁLEZ, M.P.: “El daño moral. Una aproximación a su configuración jurídica”, en *Revista de Derecho Privado*, julio-agosto, 2006, pág. 42.

que permitan al perjudicado satisfacer deseos completamente diferentes del daño padecido, paliando este de tal modo que, aunque su situación no pueda volver a su estado anterior sea igual de favorable.

Como expresa LLAMAS POMBO⁵⁵ “la indemnización rara vez alcanza a eliminar el daño, sino que más bien tiende a reparar el mismo”.

BARRIENTOS ZAMORANO⁵⁶ distingue dos teorías:

a) La teoría del *solatium*

Se trata de una teoría que sostiene que es posible la indemnización de daños extrapatrimoniales mediante una indemnización económica, ya que ello posibilita la satisfacción de intereses y aspiraciones personales de la víctima. Se produce así una compensación porque tras haber sufrido un daño irreparable, se coloca al perjudicado en una situación mejorada económicamente, lo que favorece que pueda proveerse de algunas satisfacciones que compensen dicho daño.

La cuantificación de la indemnización se efectuaría tomando en consideración el alcance e intensidad de los daños, duración de dolores, sufrimiento psíquico y otros perjuicios.

⁵⁵ LLAMAS POMBO, E.: *Cumplimiento por equivalente y resarcimiento del daño al acreedor*, Madrid, Trivium, 1999, pág. 235.

⁵⁶ BARRIENTOS ZAMORANO, M.: *El resarcimiento por daño moral en España y en Europa*, Salamanca, Ratio Legis, 2007, págs. 60 y 61.

Esta teoría ofrece dos dificultades esenciales: por un lado, pueden existir daños extrapatrimoniales difíciles de cuantificar, especialmente los perjuicios de mayor gravedad, como grandes invalideces, daños cerebrales severos o muerte de seres queridos. Precisamente, este tipo de daños de tan compleja cuantificación son los que se producen en el ámbito sanitario.

La segunda dificultad que entraña esta teoría viene determinada por la previa situación patrimonial del damnificado: como expresa MARTÍN CASALS⁵⁷, si las condiciones económicas del perjudicado son muy favorables, menos posible será la compensación, pudiendo llegar a imposibilitarse, por el contrario, si las condiciones económicas de la víctima son muy escasas, la indemnización podría llegar a ser excesiva.

La adopción de criterios subjetivos para la cuantificación de la indemnización vulneraría el principio de igualdad, en tanto que con la adopción de criterios objetivos se puede violentar la finalidad compensatoria, por los motivos expuestos.

b) La teoría de la superación.

Esta teoría parte de la premisa de que es la propia víctima quien debe superar el daño padecido y la indemnización económica es un medio que ayuda en esa superación. La valoración de la cuantía dependerá, así, del grado de dificultad para sobreponerse que manifieste la víctima en comparación con el hombre medio.

⁵⁷ MARTÍN CASALS, M.: “Notas sobre la indemnización del daño moral en las acciones por difamación de la LO 1/1982”, en Asociación de Profesores de Derecho Civil. Centenario del Código Civil (1889-1989), Tomo II, Madrid, CEURA, 1991, pág. 1241.

Para GARCÍA DE ENTERRÍA⁵⁸ la posibilidad de que el hecho o acto dañoso produzca beneficio a quien lo causa merece la apreciación de otra posible función del Derecho de daños, cual sería la función decomisoria, pretendiendo así la corrección de la situación producida por el acto lesivo tanto desde la reparación del daño en sí mismo como desde la evitación del enriquecimiento injusto.

Otros autores, como REBOLLO PUIG⁵⁹, entienden que la responsabilidad patrimonial solo sirve para garantizar al perjudicado el resarcimiento de los daños sufridos imponiendo a la Administración que ha ocasionado dichos daños el deber de indemnizarlos. Para evitar el enriquecimiento injusto existen otros cauces en el derecho –singularmente, la acción de enriquecimiento injusto- distintos de la responsabilidad patrimonial.

2. Función preventiva

Es preciso aclarar que la función preventiva del Derecho de daños se manifiesta, habitualmente, en una prohibición de la actuación o

⁵⁸ GARCÍA DE ENTERRÍA, E.: *Los principios de la nueva Ley de Expropiación Forzosa*, Madrid, Civitas, 2007.

⁵⁹ REBOLLO PUIG, M.: *El enriquecimiento injusto de la Administración Pública*, Madrid, Marcial Pons, 1995.

Vid. también REBOLLO PUIG, M.: “Enriquecimiento injusto y <<nemo auditur>> en el Derecho Administrativo”, en *Fundación Democracia y Gobierno Local*, QDL, 12 de octubre de 1996, págs. 10-14.

comportamiento dañoso, lo que evita el riesgo de que el daño se produzca. Sin embargo, ello no implica que con la prohibición se agoten las medidas preventivas, sin olvidar que hay actividades que no pueden prohibirse por más que impliquen o conlleven algún riesgo de forma inherente, tal es el caso, por ejemplo, de la circulación de vehículos a motor pero también de la asistencia sanitaria.

Para MARTÍN REBOLLO⁶⁰ la función no es unívoca, la responsabilidad es un principio de orden y un instrumento más de control del poder. Le atribuye una función propedéutica: “Esa función pedagógica supone, que en bastantes casos, que la Administración aprenda cómo debe actuar en el futuro para evitar que sea condenada. En definitiva, la Administración debe poder lograr que no se la condene en el futuro si deja de actuar como ha actuado para generar el daño. Hay, pues, una dialéctica entre la decisión administrativa y la resolución judicial que no es exclusiva de este caso, sino, en general, de todo el contencioso-administrativo”.

ACCIARRI e IRIGOYEN TESTA⁶¹ defienden la existencia de una noción de prevención general y otra de prevención especial o específica.

Así, la noción de prevención general va encaminada a que sea el propio autor de la conducta nociva quien decida no acometerla mediante el efecto disuasivo que puede suponer la responsabilidad civil: ante la posibilidad de

⁶⁰ MARTÍN REBOLLO, L.: “Ayer y hoy de la responsabilidad patrimonial de la Administración: un balance y tres reflexiones”, en *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, núm. 4, 2000, pág. 308.

⁶¹ ACCIARI, H. e IRIGOYEN TESTA, M.: “Funciones alternativas a la compensación: prevención y punición”, en GÓMEZ POMAR, F. y MARÍN GARCÍA, I.: *El daño moral y su cuantificación*, Barcelona, Bosch Wolter Kluwer, 2015, pág. 202.

tener que satisfacer económicamente una indemnización se prefiere adoptar medidas preventivas que minimicen el riesgo o, incluso, lo eliminen. Un ejemplo de esta situación en el ámbito de estudio que nos ocupa, es lo que ha venido a denominarse “medicina defensiva”: los médicos pueden llegar a prescribir pruebas diagnósticas exhaustivas o complejas, pudiendo llegar a ser excesivas o innecesarias, con objeto no ya de alcanzar o confirmar un diagnóstico sino de evitar posibles demandas.

En la idea de prevención específica la actividad preventiva del riesgo o de la conducta o actividad potencialmente dañosa no es el propio sujeto sino una autoridad administrativa, quien decidirá sobre la posibilidad de llevar a cabo dicha actuación o, alternativamente, sobre el cese de la misma.

DÍEZ PICAZO⁶² sostiene que la prevención especial “existe porque se influye en las acciones futuras de la misma persona”, lo que se relaciona más con el concepto de prevención especial propio del Derecho Penal que con la idea que intentamos expresar ahora, aunque la proximidad de conceptos y la igualdad de denominación explica y justifica la dificultad de distinción.

Como exponen ACCIARRI e IRIGOYEN TESTA⁶³ “podría pensarse, por ejemplo, que el correlato de las penas restrictivas de libertad en el Derecho penal, sería el pago de una indemnización en el Derecho de daños. En ambos casos se trata de las consecuencias arquetípicas de esos

⁶² DÍEZ PICAZO, L.: *Derecho de Daños*, Madrid, Civitas, 1999, pág.47.

⁶³ ACCIARI, H. e IRIGOYEN TESTA, M.: “Funciones alternativas a la compensación: prevención y punición”, en GÓMEZ POMAR, F. y MARÍN GARCÍA, I.: *El daño moral y su cuantificación*, Barcelona, Bosch Wolter Kluwer, 2015, pág. 209.

subsistemas. El efecto de las penas restrictivas de libertad en curso de ejecución se encuadra en el campo de esta prevención especial, según los penalistas. De allí, podría seguirse que la imposición de una indemnización, en tanto afecta especialmente a un sujeto y no a todos, también generaría prevención específica, en el Derecho de daños”.

Sin embargo, la indemnización no puede considerarse una fuente de prevención específica sino general en el contexto en el que pretendemos desenvolvernos: tanto si la indemnización ha sido satisfecha como si no, el sujeto agente puede decidir si realizar o no de nuevo la acción dañosa.

Una participación externa al sujeto agente, por ejemplo la clausura de un local o la suspensión para ejercer la medicina o, incluso, una pena privativa de libertad, no permite al sujeto decidir si realizar o no de nuevo la actuación dañosa, sino que se lo imposibilita, estaríamos en este caso ante una prevención especial.

En nuestro ordenamiento jurídico no se asume esta función como la propia de la responsabilidad por daños. Como plantea MEDINA ALCOZ⁶⁴ “el juez que conoce un pleito de responsabilidad por daños no está llamado a adoptar la solución que previsiblemente y según un análisis económico, pueda ayudar a evitar futuros accidentes y controversias; sino la que requiere el asunto enjuiciado, para mediante la aplicación de normas, resolver lo que es justo en un conflicto específico entre sujetos concretos”.

⁶⁴ MEDINA ALCOZ, L.: “La responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas (I). Sintagma. Fundamento. Función”, en CANO CAMPOS, T. (coord.): *Lecciones y materiales para el estudio del Derecho Administrativo. Tomo IV. Las garantías de los ciudadanos y el control de las Administraciones públicas*, Madrid, Iustel, 2009, pág.52.

3. Función punitiva

Como ya expusimos al tratar de los daños punitivos, la fijación de un *quantum* indemnizatorio que excediese de la pura y simple compensación del daño ocasionado supondría la aplicación de una penalidad además de la reparación del daño. En efecto, dicho exceso que se concede como indemnización, aunque no compense al perjudicado, sanciona al autor del daño. En ocasiones, como explica GÓMEZ POMAR⁶⁵, se toma en consideración la conducta del autor del daño para cuantificar la indemnización.

Si bien es cierto que la función punitiva es ajena a la responsabilidad, cabe plantearse si ese mismo aserto es predicable respecto del Derecho de daños.

MITCHELL POLINSKI y SHAVELL⁶⁶ proponen una noción de la función punitiva que también conlleva elementos de prevención: los daños punitivos deberían estar vinculados a la probabilidad de detección del hecho dañoso, de tal forma que procede concederlos siempre que se produzcan, pero incluyendo en el monto indemnizatorio el valor del daño ocasionado multiplicado por el porcentaje de probabilidades de haber llevado a cabo dicha misma acción dañosa sin que hubiera sido detectada.

⁶⁵ GÓMEZ POMAR, F.: “Daño moral”, en *InDret Revista para el Análisis del Derecho* 1/2000, págs. 9 y 10.

⁶⁶ MITCHELL POLINSKI, A. y SHAVELL, S.: “Punitive Damages: An Economic Analysis”, en *Harvard Law Review*, 869, 1998, pág. 111.

Por su parte, SALVADOR CODERCH⁶⁷ muestra su parecer favorable a la inclusión de la función punitiva dentro del Derecho de daños e, incluso, en la responsabilidad civil al afirmar: “Nunca se insistirá bastante en que la función esencial del derecho de responsabilidad civil no es tanto compensar daños (algo que un seguro hace de mejor manera: mucho más económicamente), ni acaso prevenirlos (pues la estimación profesional del daño probable *ex ante*, en cada sector de riesgos, suele hacerla mejor y más deprisa una agencia especializada o una compañía de seguros o una empresa de clasificación), como señalar a la sociedad cuáles van a ser los hechos y conductas que están exigiendo reparación, prohibición o regulación más o menos severa”.

4. Incidencia de las funciones del Derecho de daños en la cuantía de la indemnización

La función elegida por los diversos ordenamientos jurídicos para su Derecho de daños tiene una repercusión incuestionable y directa en la cuantía de las indemnizaciones, aunque no en la valoración del daño.

·En efecto, desde el ordenamiento jurídico español, que claramente ha optado por la función compensatoria, la valoración del daño y la cuantía de la indemnización deben ser equivalentes en la medida en que la

⁶⁷ SALVADOR CODERCH, P.: “Los más y los mejores. Indemnizaciones sancionatorias (Punitive Damages), jurados, jueces profesionales y agencias reguladoras”, en *InDret Revista para el Análisis del Derecho* 2/2003, 135, 2003, pág. 9.

indemnización está destinada a resarcir el daño acaecido de acuerdo con el principio de reparación integral.

Ello supone que el daño debe ser reparado en su totalidad, pero también implica que no puede haber un enriquecimiento injusto de la víctima a costa de los perjuicios sufridos.

En definitiva, el principio de reparación integral impide la infracompensación pero tampoco permite la sobrecompensación.

No sucede lo mismo con la función punitiva, en la cual, como ha quedado expuesto, la indemnización no solo contempla la reparación del daño, sino que también añade una penalización para el causante del perjuicio.

De este modo, en la medida en que la mencionada penalización se incorpora a la indemnización y no se aplica como una medida sancionadora independiente –una multa, por ejemplo- la cuantía de la indemnización ya no puede ser equivalente a la valoración del daño, pues este pasa a ser tan solo uno de sus elementos integrantes, siendo el otro, precisamente, el componente sancionador o punitivo.

En este sentido, los daños punitivos permiten, por lo tanto, un claro enriquecimiento de las víctimas en todo lo que la indemnización exceda de la reparación del daño que se les infligió.

En lo que respecta a la función preventiva, podemos afirmar que la misma está directamente relacionada con la cuantía de la indemnización,

pues mayor será la prevención cuanto mayor sea la cantidad a abonar en concepto de reparación.

Por este motivo, la función preventiva tiene un mayor predicamento en los sistemas jurídicos que admiten los daños punitivos.

CAPÍTULO III. ANTECEDENTES HISTÓRICOS DE LA VALORACIÓN DEL DAÑO CORPORAL

1. Antecedentes de Derecho comparado

En la presente exposición nos centraremos en la evolución histórica de la valoración del daño desde la óptica más próxima a los daños corporales, como centro del objeto de estudio de esta tesis. Desde esta perspectiva, las fuentes más adecuadas han sido los trabajos de HINOJOSA FONSECA⁶⁸ y BOROBIA FERNÁNDEZ⁶⁹, en los que nos apoyaremos para el desarrollo de este capítulo.

La necesidad de determinar una adecuada valoración de los daños con la finalidad de favorecer la responsabilidad del culpable mediante la imposición de una sanción y la satisfacción de una indemnización ha existido desde que se conoce la ley escrita.

En el año 2050 a.C. la *Ley de Ur Nammu* o las *Tablas de Nippur* establecían reparaciones económicas frente a los daños causados. Las *Tablas* subrayaban precisamente la naturaleza económica –la reparación ha de ser proporcional al valor de lo perdido- con la finalidad de asegurar un buen funcionamiento de la economía y de unificar criterios indemnizatorios -y legales- en Sumeria.

⁶⁸ HINOJOSA FONSECA, R.: “La valoración del daño a la persona y la Medicina Legal”, en *Anales de la Real Academia de Medicina del Principado de Asturias*, 2008. (www.rampra.org/pdf/anales2008/anales2008-6.pdf).

⁶⁹ BOROBIA FERNÁNDEZ, C.: *Valoración del daño corporal. Legislación, metodología y prueba pericial médica*, Barcelona, Essevier Doyma, Masson, 2007.

El *Código de Hammurabi* (1750 a.C.) es el primer texto codificado con vocación unificadora para toda Babilonia: pretende implantar de forma generalizada normas detalladas que tomen en consideración la diversidad de los casos y evitar tanto la autotutela en la impartición de la justicia como la arbitrariedad de los jueces en la adopción de sus decisiones o resoluciones. En la reparación del daño se distingue entre señores, subalternos y esclavos, y se aplica el talión entre iguales pero una indemnización de valor patrimonial –como la sustitución de un esclavo por otro o de carácter monetario- si el causante del daño es de una categoría superior a la de la víctima.

El *Código de Hammurabi*⁷⁰ ya contemplaba la responsabilidad sanitaria:

Norma 218: Si un médico hace una incisión profunda en un hombre con un bisturí de bronce y le provoca la muerte, o si le abre la sien a un hombre con un bisturí de bronce y deja tuerto al hombre, que le corten la mano.

Norma 219: Si un médico hace una incisión profunda al esclavo de un individuo común y le provoca la muerte, restituirá esclavo por esclavo.

Norma 220: Si le abre la sien con un bisturí de bronce y lo deja tuerto, pagará en plata la mitad de su valor.

Los hititas se regían por las *Tablillas de Bogzköy-Hattusa* (1700-1500 a.C.), sus normas no solían hacer referencia a las mutilaciones corporales ni a la pena de muerte, sino a una retribución en dinero, de la que el rey, encargado de impartir justicia, recibía una parte.

⁷⁰ PARRA SEPÚLVEDA, D.A.: “La evolución ético jurídica de la responsabilidad médica”, en *Acta bioethica*, Vol.20, núm. 2, Santiago de Chile, 2014, pág. 209.

Para los hebreos, la ley mosaica, tenía vocación de regular todos los aspectos de la vida del pueblo, para hacerlo ordenado y próspero. En *Éxodos* 21, se establecían normas para el ejercicio de la profesión de médico, diferentes de las de otros individuos, entre quienes se aplicaba el tali6n.

En Egipto era el *Libro Sagrado*, elaborado por sacerdotes, el que contenía las normas de la actividad médica, incluyendo la sintomatología de algunas enfermedades. Estas normas eran de cumplimiento obligatorio para el médico, so pena de muerte en caso de incumplimiento y con independencia del resultado final en el paciente. Es decir, si el médico cumplía las normas, aunque fueran nefastas para el enfermo, el médico quedaba exonerado de toda responsabilidad –un precedente de los actuales protocolos-, por el contrario, si no los cumplía se le castigaba con la aplicaci6n del *Libro de la Vida*, pero lo que se penalizaba era tal incumplimiento no el daño que hubiera podido sufrir el paciente.

En China existía el *Shi Yang-Lu* (1200-1100 a.C.), que trataba de las lesiones y de las actuaciones de los médicos ante los tribunales de justicia.

En India, el *C6digo de Manu* o *Dahrmashastra* (900-600 a.C.)

Los judíos, tras la destrucci6n de Jerusal6n comenzaron a regirse por la *Torah* y el *Talmud* de Jerusal6n y Babilonia, este último contiene los títulos *Nezikim* y *Rhabala*, con numerosas y extensas referencias a la evaluaci6n e indemnizaci6n de daños. Se tratan cinco categorías:

- El daño propiamente dicho y su evoluci6n.
- El dolor.

- La curación.
- El desempleo.
- La humillación, que correspondería al daño moral.

Expone RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ⁷¹ que, en Grecia, ARISTÓTELES había preconizado un sistema reparatorio del daño: oponiéndose a los autores pitagóricos, había sostenido, en su *Ética a Nicómaco*, que la pérdida causada en los bienes de otro individuo debía ser entendida, con independencia de su origen delictual, como una transferencia involuntaria de riqueza, contraria a la virtud particular de la justicia. El resarcimiento de la víctima no debía consistir en la duplicación del mal causado, sino en su completa eliminación del patrimonio del dañado -lo que había de efectuarse mediante una transferencia de signo contrario a la originaria-. La reparación integral del daño no era otra cosa, desde esta perspectiva, que el ejercicio objetivo de la virtud de la justicia conmutativa, consistente en "dar a cada uno lo suyo" de acuerdo con sus derechos o titularidades previas.

En opinión de RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, autores como THOMMASIUS, que despreciaban enfáticamente a los viejos "moralistas" escolásticos, se habrían maravillado al descubrir que, en su esencia y desarrollo, toda su construcción jurídica era el producto de la aplicación de conceptos aristotélicos a las instituciones del Derecho Romano.

⁷¹ RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, I.: "Justicia conmutativa y derecho de daños: los orígenes escolásticos de la responsabilidad civil", en *Teoría y Derecho*, núm. 12/2013 (TOL 4.051.563).

Las Leyes de PLATÓN también pretendían regular todos los aspectos de la vida de la comunidad, incluyendo política y religión. El Libro IX distingue entre daños culposos y dolosos, imponiendo a estos segundos el doble de indemnización. También prevé la indemnización de daño estético al hablar de daños “deformantes”, a los que asigna el triple de indemnización. Los médicos daban testimonio sobre las enfermedades y heridas así como su gravedad y posible curación.

En el Derecho Romano⁷² los hitos principales en esta materia fueron las *XII Tablas*, la *Lex Aquilia* y el *Corpus Iuris Civiles*⁷³ de Justiniano.

Las XII Tablas (siglo VI a. C) constituían la norma fundamental del Derecho Romano. Las Tablas VIII y IX dedicadas a materia penal, preveían que ante la rotura de un miembro se aplicase el talión, a no ser que se llegase a una transacción; por la fractura de un hueso, se pagarían ciento cincuenta ases –unidad monetaria- si la víctima era esclavo y trescientos ases si era un hombre libre.

La *Lex Aquilia* (286 a.C.) dispone tres requisitos: el daño tiene que derivarse de una injusticia –antijuridicidad-, tiene que haber mediado culpa o negligencia –imputabilidad- y tiene que existir relación causal entre la actuación negligente y el daño –causalidad-.

⁷² FUENTESECA DEGENEFFE, M.: El delito civil en Roma y en el Derecho Civil español, Tesis doctoral de la Universidad de Alicante, 1995. (<http://rua.ua.es/dspace/bitstream/10045/3511/1/Fuenteseca%20Degeneffe,%20Margarita.pdf>)

⁷³ MACHICADO, J.: *Imperatoris Iustiniani opera: Corpus Iuris Civilis, Cuerpo del Derecho del Ciudadano romano*, La Paz, Centro de Estudios de Derecho, 2007 (<http://h1.ripway.com/ced>)

En el *Corpus Iuris Civiles* se contiene la *Lex Aquilia* y su evolución hasta la recopilación que supone el Corpus, en cuyo *Digesto* se distinguen, como hemos visto en otras regulaciones, los daños infligidos al esclavo de los causados al hombre libre.

El esclavo tenía un valor de mercado y la cuantificación de la indemnización debía partir de dicho valor en el momento en que se produjera el daño, si bien tomando en consideración algunas circunstancias como el estatus profesional del esclavo –cualificado o no–, su estado de salud y el tiempo previsto para la curación de las lesiones derivadas del daño producido.

El hombre libre no tiene precio –aseveración que ya se contenía en la *Lex Aquilia*– por lo que su indemnización es más compleja, se contempla el perjuicio patrimonial – gastos médicos, lucro cesante- y extrapatrimonial, el estado de salud del perjudicado antes de la lesión y al término de su curación y hasta se podría sugerir un indicio de valoración de la incapacidad temporal.

Los pueblos bárbaros cuya tradición era oral, comenzaron a escribir sus leyes por influencia de la romanización, entre los textos bárbaros más relevantes cabe destacar:

- *Lex Salica*, para los francos.
- *Lex Gundobada* y *Lex Gombeta* para los borgoñones.
- *Lex Baiuvariorum*, para los bávaros.
- *Lex Alamannorum*, para los alamanes.
- *Edicto del Rey Lotario* para los lombardos

- *Edicto de Teodorico*, para los visigodos.

En estas normas también aparecen baremos para la indemnización de lesiones. El derecho visigodo es el de mayor influencia en España, y en las regiones en las que no existía influencia árabe se aplicaban los privilegios o fueros municipales.

2. Derecho histórico español

En el *Fuero de Oviedo* (780) se contempla la ordalía como compensación del daño, siendo un duelo a muerte en el que el perdedor resultaba culpable. En el *Fuero de León* (1086) el combate ya no era a muerte y el perdedor quedaba obligado al pago de una cantidad económica. En el *Fuero de Aragón* (1099) se suprime la ordalía.

El *Fuero de la Vieja Castilla* (1250) crea el primer baremo de nuestro derecho histórico, con fundamento en el *Liber Iudiciorum*. Fernando III el Santo ordenó en el siglo XIII su traducción al castellano con la finalidad de implantarlo en Córdoba como fuero propio, con la denominación de *Fuero Juzgo*⁷⁴, compilación de las legislaciones visigodas e hispanorromanas. El *Fuero Juzgo*, recoge las indemnizaciones por lesiones en su libro VI, título IV *De vulnere et debilitationes*:

En los casos en que concurriera culpa:

⁷⁴ REAL ACADEMIA ESPAÑOLA: *Fuero Juzgo en latín y en castellano cotejado con los más antiguos y preciosos códices*, Madrid, Ibarra, impresor de Cámara de S.M., 1815.

- Por pérdida de un ojo correspondía cien sueldos.
- Por pérdida de nariz, cien sueldos.
- Por pérdida de oreja o sordera, dependiendo del resultado.
- Por una hernia, cien sueldos.
- Por pérdida de una mano, cien sueldos.

Si el agresor era un esclavo y el agredido un hombre libre, este podía hacer con el esclavo lo que quisiera; si el agresor era un hombre libre y el agredido esclavo, el primero podía recibir doscientos latigazos o entregar al dueño del esclavo otro esclavo sano; si el agresor y el agredido eran ambos hombres libres, se aplicaba la ley del talión más cien latigazos si el agresor era liberto; si el agresor y el agredido eran ambos esclavos, la indemnización al propietario del esclavo era de la mitad de lo que hubiera correspondido a un hombre libre.

En el derecho musulmán se sigue el *Corán*, pero este no recoge toda la casuística que podría darse en la vida civil, por lo que se acudió a la interpretación del califa, que se basaba en textos como la *suna*, el *ichmá* y el *quiyás*, finalmente se estableció una compensación pecuniaria (*dijah*) para satisfacer a la víctima o a sus familiares. El *Tratado de Scheik Nedjm El-Din* (1292) contiene un baremo y unas normas de aplicación del mismo en base cien, siendo cien igual a cien camellos. Así:

- La muerte de una persona valía cien.
- En la cabeza:
 - La pérdida de los dos ojos o de la vista, cien.
 - La pérdida de un solo ojo, cincuenta.
 - La pérdida de los dientes, cien.

- La pérdida del oído, cien.
- En el tronco:
 - La pérdida de los senos, cien.
 - La pérdida de control de esfínteres, cien.
- En órganos reproductores:
 - La pérdida total del pene, cien.
 - La pérdida parcial del pene, en relación a su longitud inicial y al resultado final.
- En los miembros superiores:
 - Pérdida de los dos brazos, cien.
 - Pérdida de un brazo, cincuenta.
 - Pérdida de un dedo, diez.
- En los miembros inferiores:
 - Pérdida de las dos piernas, cien.
 - Pérdida de una pierna, cincuenta.

Este tratado, avanzadísimo para su tiempo, contiene también reglas y criterios para valoración de secuelas más complejas. Así, para la agudeza visual se prevé un examen del ojo enfermo y su comparativa con otro del ojo sano; el deterioro intelectual del perjudicado se deja a la valoración del juez según su libre apreciación.

La valoración médica de las lesiones y secuelas adquirió gran relevancia desde momentos tempranos: Carlomagno es sus *Capitulaciones* ya obligó a la intervención médica en los casos de evaluación de las lesiones y las normas que debían seguir para informar a la justicia.

Las Partidas siguen el criterio de que el hombre no puede valorarse. La Partida VII⁷⁵ (título XV, 1. I) define el daño como el “empeoramiento o menoscabo o destrucción que el hombre recibe en sí mismo o en sus cosas por culpa de otro. Y hay tres maneras de él: la primera es cuando se empeora la cosa por alguna otra que mezclan con ella o por otro mal que le hacen; la segunda es cuando se mengua por razón del daño que hacen en ella; la tercera es cuando por el daño se pierde o se destruye la cosa del todo”.

Para GARCÍA LÓPEZ⁷⁶ el daño que el hombre recibe en sí mismo solo puede ser de naturaleza corporal, es decir, extrapatrimonial, criterio que considera confirmado por el título XV de la VII Partida: “De los daños que los hombres y bestias hacen en las cosas de otro de cualquier naturaleza que sean”, lo que a juicio de este autor pone de manifiesto que las Partidas ya otorgaban protección frente a los daños extrapatrimoniales.

Así, la Partida VII, título XV, 1. XXIII (daños producidos por las bestias) concluye que si la víctima quedase afectada de algún miembro el resarcimiento dependerá del arbitrio del juez, teniendo en cuenta quién es el que recibió mal y cuál el miembro lesionado⁷⁷. Encontramos una clara

⁷⁵ ALFONSO X: “Séptima Partida, Título XV. De los daños que los hombres o las bestias hacen en las cosas de otros de cualquier naturaleza que sean”, en *Las Siete Partidas glosadas por el Licenciado Gregorio López*, edición facsímil BOE, 26 de diciembre de 1985.

⁷⁶ GARCÍA LÓPEZ, R.: *Responsabilidad civil por daño moral. Doctrina y jurisprudencia*, Barcelona, Bosch, 1990, pág. 34.

⁷⁷ “E si por ventura non muriesse, mas fincasse lisiado de algún miembro, debele facer enmienda de la lisión según albedrio del judgador acatando quien es aquel que rescibio este mal, e en qual miembro”. El texto no deja dudas respecto de que la indemnización alcanzaría a los daños de curación y trabajos dejados de realizar, además del daño corporal.

remisión al criterio del juez sin fijar elementos o criterios de valoración que pudieran servirle como guía y mucho menos dispuestos como una imposición de obligado cumplimiento.

En España en la Edad Moderna se promulga por Carlos I la *Constitutio Criminalis Carolina* (1532) en la que se crea la figura del médico auxiliar de la Administración de Justicia como precedente de la medicina forense, fuera de ello se mantiene el derecho medieval en lo que a la indemnización de daños se refiere.

En la etapa napoleónica, con el movimiento codificador, se inicia una nueva implantación de baremos, los primeros baremos franceses son de 1887, dispuestos por el Ministerio de la Guerra, y distinguían 66 tipos de invalidez, repartidos en 6 categorías y establecían porcentajes para la valoración de las lesiones.

En España la Ley de Accidentes de Trabajo de 30 de enero de 1900 (Ley Dato) dispuso la redacción de un Reglamento de incapacidades para el trabajo, que se dictó el 18 de julio de 1903, y que establecía un baremo indemnizatorio.

En el final de la década de los años veinte se publicó el Reglamento de Seguro Obligatorio de Viajeros, que establecía un baremo de indemnizaciones inspirado en los baremos franceses y que sirvió como base para la elaboración de los sucesivos baremos del seguro obligatorio de vehículos a motor.

Posteriormente se dispusieron otros baremos para la indemnización de lesiones y secuelas producidas durante la Guerra Civil: en 1976 se dictó el baremo para mutilados de guerra que no podían integrarse en el Benemérito Cuerpo de Mutilados de Guerra, cuyo baremo, dictado en 1977 recogía más secuelas que el primero.

3. Situación actual y propuestas

No obstante, fuera de estos ámbitos, en nuestro ordenamiento jurídico existía un vacío normativo en torno a la cuestión de la reparación de los daños, que dio lugar a una jurisprudencia dispar hasta que en 1991 se aprobó el sistema para valoración de daños personales en el seguro de responsabilidad civil ocasionado por vehículos a motor, si bien con carácter orientador, situación que se prolonga hasta la Ley 30/1995, de Ordenación y Supervisión de los Seguros Privados, cuya disposición adicional octava recogía en baremo de 1991, actualmente incorporado también al Real Decreto Legislativo 8/2004, de 19 de octubre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley sobre Responsabilidad Civil y Seguro en la Circulación de Vehículos a Motor.

Otros baremos españoles son:

- El baremo para fijar el grado de dependencia que está más bien orientado a la determinación de necesidades a satisfacer mediante

prestaciones o determinado tipo de cuidados o servicios y no al establecimiento de indemnizaciones de carácter monetario.

- El baremo de minusvalías o discapacidades, que recoge hasta dos mil secuelas diferentes, con complejas normas de aplicación.
- El baremo de lesiones derivadas de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales. Al igual que el baremo de tráfico clasifica las lesiones anatómicamente: cabeza, tronco y extremidades. Es también de aplicación preceptiva y vinculante.
- El baremo del seguro obligatorio de viajeros en transporte público.

El pasado 7 de septiembre de 2015 se aprobó por las Cortes Generales la Ley de reforma del Sistema de valoración de los daños y perjuicios causados a las personas en accidentes de circulación publicada como Ley 35/2015, de 22 de septiembre⁷⁸.

En relación con la valoración de los daños derivados de la asistencia sanitaria procede subrayar que el 28 de junio de 2013, el Consejo Asesor de Sanidad aprobaba un Informe titulado “Baremo para la determinación de indemnizaciones por daños derivados de actividades en el ámbito sanitario”.

El Informe arranca con unas Consideraciones Generales⁷⁹, en las que se hacen constar los siguientes aspectos:

⁷⁸ Ley 35/2015, de 22 de septiembre, de la reforma del sistema para la valoración de los daños y perjuicios causados a las personas en accidentes de circulación, BOE núm. 228, de 23 de septiembre de 2015 (BOE-A-2015-10197)

⁷⁹ SÁNCHEZ FIERRO, J.: “El baremo de daños de origen sanitario”, en *Revista Española de la Función Consultiva* núm. 21, 2014, págs. 253-256.

- Se reconoce la utilidad y el valor orientativo del Baremo de Accidentes de Tráfico, más se estima insuficiente por no contemplar supuestos ajenos a la circulación de vehículos a motor.
- Los problemas derivados de doctrina jurisprudencial diferente según las distintas Comunidades Autónomas.⁸⁰
- El consentimiento informado presenta una problemática a efectos indemnizatorios que requiere mayor análisis a efectos de delimitar responsabilidades.
- Esclarecer que, sin perjuicio de la responsabilidad objetiva que legalmente se relaciona con el funcionamiento de los servicios públicos, el principio general del derecho español en esta materia es el de responsabilidad subjetiva.
- Definir el significado y el alcance de los Códigos Deontológicos y de Conducta, en particular, para dimensionar la llamada responsabilidad subjetiva
- Respecto del daño moral, parece necesario revisar este concepto, dado que bajo esta expresión con frecuencia aparecen elementos de contenido y alcance muy variado. Se considera más acertado

⁸⁰ Este es un aspecto que no se puede compartir, como más adelante se examinará, ya que la diversidad y heterogeneidad de la jurisprudencia en materia de reparación del daño producido por la asistencia sanitaria es del todo ajena a las Comunidades Autónomas, como resulta evidente, por otra parte, al tratarse el poder judicial de un poder estatal y no autonómico y, en cuanto al fondo el asunto, porque la regulación del sistema de responsabilidad de las Administraciones públicas es una competencia exclusiva del Estado ex artículo 149.1.18ª CE y porque dicha disparidad de criterios es predicable incluso de los órganos con competencia jurisdiccional sobre todo el territorio español, como son la Audiencia Nacional y el Tribunal Supremo.

optar por la denominación de daño extrapatrimonial⁸¹, lo que no quiere decir que no sea indemnizable económicamente en función de circunstancias y factores diversos que pueden concurrir o no en cada caso. (Sufrimiento, capacidad de relación social, rechazo social, etc.). Por lo cual se afirma que “el mal llamado daño moral no parece susceptible de acomodarse a efectos indemnizatorios a la utilización de un baremo”⁸². Sobre esta cuestión se añaden posibles propuestas que merecen cita literal:

“La determinación judicial del montante indemnizatorio en estos casos debería responder a criterios de prudencia, evitando incurrir en «decisiones discrecionales».

Alternativamente, esto es, en lugar de una suma por el daño directo evaluable económicamente, y otra en concepto de «daño moral» o extrapatrimonial, podrían subsumirse ambas en una sola cifra. (Un porcentaje sobre el valor del daño patrimonial).

También cabría plantear que la indemnización por el llamado daño moral esté sujeta a límites e incluso si convendría una regulación detallada de esta materia de modo que en la actuación

⁸¹ Parece desconocerse que el daño extrapatrimonial es un concepto mucho más extenso que el daño moral, incluye, sin ir más lejos, el daño corporal o físico.

⁸² El daño moral y otros conceptos que a él se asimilan en el ámbito jurisprudencial, constituyen un parte importantísima de los daños ocasionados por la asistencia sanitaria cuya exclusión de un pretendido baremo sanitario podría hacer que este deviniera inútil habida cuenta de que el daño corporal, entendido tan solo como lesiones físicas y secuelas, ya aparece contemplado en el baremo de tráfico.

de Juzgados y Tribunales el nivel de certeza y seguridad jurídica fuese mayor”.⁸³

- Otro aspecto a considerar es la concurrencia de responsabilidades entre profesionales y entre profesionales y pacientes.

Es esta una cuestión estrictamente procesal, suficientemente regulada. Esta problemática presenta distinta dificultad según que se trate de grandes organizaciones sanitarias, públicas o privadas, o de profesionales autónomos.

- Para contribuir a la determinación de responsabilidades, es muy importante la tarea de los peritos, cuyas competencias vienen determinadas legalmente. Peritos forenses, peritos de las partes (conveniencia de guías forenses).
- Se considera que el baremo debería tener carácter vinculante en el caso de ser utilizado en los procesos de solución extrajudicial de conflictos, manteniéndose, en principio, para el ámbito judicial el criterio, en idéntico sentido y ya vigente, en los supuestos de accidentes de tráfico.
- El baremo sanitario y sus características básicas deberían estar comprendidos en el marco de reformas legales sobre el funcionamiento de la Justicia, si bien el desarrollo articulado de

⁸³ La propuesta literal resulta sorprendente por cuanto es totalmente contradictoria con las razones expuestas para argumentar la necesidad de un baremo sanitario: en primer lugar, no se compadece bien con la evitación de “decisiones discrecionales” la posibilidad de fijar la cuantía indemnizatoria con “criterios de prudencia” que por muy prudentes que sean no dejan de ser discrecionales en la medida en que no estén sujetos a la aplicación de una norma concreta. En segundo término, incluir en un solo concepto indemnizable el daño patrimonial y el daño moral es contrario al principio de vertebración de la indemnización, conforme al cual deben valorarse por separado los daños patrimoniales y no patrimoniales, y dentro de unos y otros, los diversos conceptos perjudiciales.

aquellos podría figurar dentro de un Real Decreto aprobado a tal efecto.

- Se estima oportuno considerar la posibilidad de que las indemnizaciones derivadas de daños relacionados con la actividad sanitaria puedan consistir tanto en prestaciones económicas como en prestaciones en especie (en particular, para tener en cuenta las situaciones de discapacidad que generen problemas de dependencia).

Asimismo, se plantea la posibilidad de indemnizaciones de tipo mixto (capital, renta, servicios).

- Hay que resaltar que existen algunos supuestos especiales a los que habrá que dar respuesta con una regulación en la que se establezcan criterios/medidas específicos. Entre otros casos, cabría citar los supuestos mixtos (accidente de tráfico sobrevenido en persona enferma) e incidentes de origen sanitario en personas que previamente no se encontraban enfermas (actividades preventivas de tipo vacunal u otras similares).

En el ámbito de las propuestas no podemos dejar de mencionar la propuesta de baremo-guía europeo de evaluación del menoscabo a la integridad física y psíquica. La finalidad de este baremo es la armonización de los diferentes sistemas indemnizatorios establecidos en los Estados miembros, procurando soluciones aceptables para todos admitiendo que no será posible una satisfacción completa en la medida en que las pérdidas anatómicas, orgánicas y funcionales idénticas reciben cuantificaciones diversas en los distintos Estados miembros.

El primer paso era, por tanto, la unificación de conceptos, que se llevó a cabo en el Coloquio de Tréveris I en el año 2000. Aquí se estableció la importancia de la función del perito médico para cuantificar los menoscabos comprobables y medibles en la integridad física y funcional tomando como punto de partida de dicha integridad una base cien.

Se admite que el perito incluirá una determinada personalización que tendrá en cuenta las circunstancias individuales del perjudicado para determinar el impacto del daño.

También se admite la existencia de perjuicios particulares: perjuicio estético, perjuicio sexual, dolores excepcionales o menoscabo en las actividades de ocio.

Por el contrario no se admite considerar como daño las vivencias personales del perjudicado. en relación con su perjuicio, que se consideran completamente subjetivas y no patológicas.

CAPÍTULO IV. SISTEMA EMPÍRICO

1. Concepto y características

El sistema empírico para la valoración del daño corporal se fundamenta en la observación médica clínica asistencial de las lesiones, de sus efectos y de sus posibilidades de recuperación. Por lo tanto se basa en el campo de la actividad pericial médica y de la medicina forense.

En estos casos la actividad explorativa del médico perito adquiere la mayor relevancia: no cabe perder de vista que en la medicina curativa el enfermo se pone en manos del médico buscando su sanación, sin embargo, en el ámbito pericial el paciente, transformado en reclamante, tiene un interés distinto del de su curación, por lo que podrá sincerarse o no con el médico, el cual se verá obligado a extremar su observación.

La ventaja del sistema empírico es que el médico perito puede apreciar las concretas circunstancias del perjudicado para valorar la repercusión de las lesiones y secuelas con la mayor inmediatez, lo que permite “personalizar” la cuantificación de la indemnización, frente al sistema de baremos, más impersonal.

Esta ventaja constituye al mismo tiempo el principal inconveniente: la inexistencia de imposiciones legales para la valoración del daño y la ausencia de baremos de obligado cumplimiento determinan la aplicación del libre criterio del órgano que resuelva la cuestión, ya sea administrativa o

judicialmente, sin necesidad de vincularse a reglas o cánones preestablecidos.

Los inconvenientes que presenta este sistema aparecen de forma muy evidente:

Por un lado, entraña una valoración estrictamente subjetiva ya sea por parte del órgano que resuelve o por parte de quien asesora y condiciona su criterio. En efecto, aunque dicho órgano administrativo o judicial acuda para fundamentar su decisión a un perito médico o valorador del daño –lo que suelen hacer- el criterio de este es también subjetivo, pues solo podrá examinar las cuestiones anatómicas y funcionales de la víctima, mas no podrá –salvo en muy pocas ocasiones indiscutibles- determinar si el perjudicado puede o no desempeñar sus actividades cotidianas por causa de las secuelas padecidas, como tampoco podrá establecer en qué grado sí puede hacerlo a pesar de la disminución que su capacidad haya podido experimentar. Inevitablemente aparecerán en esta valoración la disposición del médico o valorador y la del paciente, así como la habilidad del primero y la buena voluntad del segundo que permitan alcanzar una valoración lo más próxima posible a la reparación del daño producido.

Por otro lado, la valoración de la indemnización toma como base la relación entre la lesión o el daño producido y las actividades ordinarias de la vida que la víctima realizaba, sin aportar criterios valorativos sobre las actividades que aún podría realizar, pese a sus secuelas, ni el grado de evolución y recuperación que la rehabilitación podría aportar, lo que implica que sea un valoración incompleta.

Como ya adelantamos en capítulos anteriores, el principio de *restitutio in integrum* que rige en la responsabilidad civil deviene insuficiente para la reparación del daño corporal como daño extrapatrimonial. La cantidad económica en que se cifre la indemnización no restituye la pérdida, ya sea esta una lesión, dolor físico, secuelas o disminución en la calidad o expectativa de vida: “una transferencia bancaria es un anestésico imperfecto”⁸⁴.

La asunción del hecho de que es imposible reparar el daño corporal en el sentido de devolver el cuerpo a su estado anterior determina la necesidad de buscar alternativas que, en todo caso, permitan si no reparar el daño sí al menos compensarlo.

2. Positivización en el Derecho comparado

Los ordenamientos europeos, en general, acuden a los baremos de acuerdo con una tradición histórica inveterada de la que ya hemos dado cuenta más arriba. Los sistemas del *Common Law*, sin embargo, acuden a una “*fair and reasonable compensation*”⁸⁵, lo que significa que se pretende acomodar la indemnización del daño a un contexto determinado: social, económico y particular de la víctima.

⁸⁴ PRIEST, G. L.: “The Current Insurance Crisis and Modern Tort Law”, *The Yale Law Journal*, 96, 1987, págs. 1546 y 1547.

⁸⁵ *Phillips vs. London & South Western Railway Co* (1879) 4 Queens Bench Division, 406, 407, 408.

Con ello puede inferirse una enorme discrecionalidad en la determinación del *quantum* indemnizatorio salvando, además, la posible desigualdad en las indemnizaciones para casos similares con la sencilla pero muy simple justificación de que las circunstancias de las víctimas eran diferentes.

Los propios órganos jurisdiccionales británicos han hecho un esfuerzo tendente a limitar este inconveniente tratando, al mismo tiempo, de permitir que fuera predecible la cuantía de la indemnización en determinado tipo de casos y lo han hecho mediante el establecimiento de una tabla que permita comparar los importes otorgados.

En *Ward vs. James*⁸⁶ la Corte puso de manifiesto los problemas de la indemnización de los daños extrapatrimoniales:

“Casos recientes muestran la conveniencia de tres cosas: primero, accesibilidad: en casos de daño grave, en los que el cuerpo está destrozado o el cerebro destruido, es muy difícil alcanzar una compensación en dinero que sea justa, tan difícil que la indemnización básicamente es una figura convencional, derivada de la experiencia y de otras indemnizaciones en casos similares. Segundo, uniformidad: debería existir alguna medida de uniformidad en las indemnizaciones de tal modo que se dieran decisiones similares para casos similares; de otro modo se producirá una gran desafección en la comunidad y grandes críticas para la administración de justicia. Tercero, predictibilidad: las partes deberían poder predecir, con algún grado de exactitud la suma que podría resultar como indemnización en un caso particular, porque eso significa que los casos se pueden acordar pacíficamente sin ser llevados a juicio, lo que es bueno para el interés

⁸⁶ *Ward vs. James* (1966) 1 Queen’s Bench, págs. 273 y 293 a 294.

general. Ninguna de las tres es conseguida cuando los daños se dejan cuantificar al jurado”.

Los inconvenientes de la determinación discrecional del monto indemnizatorio no permiten ni ayudan a un análisis científico de la cuestión, pues aunque los jueces utilicen la comparación y la proporcionalidad con casos similares, los propios casos de contraste ya llevan implícita una buena dosis de discrecionalidad⁸⁷.

Los jueces británicos, pues, han hecho un esfuerzo⁸⁸ en fijar una base flexible que permita el establecimiento de la cuantía indemnizatoria de daños extrapatrimoniales –*non pecuniary loss*–, debiendo subrayar que estas guías carecen de fuerza normativa.

Pese a este esfuerzo, que no dejamos de reconocer, el sistema británico fija las indemnizaciones de forma discrecional, sin la existencia de elementos que puedan llevar a su comprensión y fijando, con relativa frecuencia, indemnizaciones colectivas. En este contexto el *Tort Law* británico compensa los daños extrapatrimoniales mediante el examen del concreto interés perjudicado.

Entre las circunstancias que se toman en consideración para evaluar el daño no pecuniario en el sistema inglés podemos destacar las siguientes:

⁸⁷ BARRIENTOS ZAMORANO, B.: *El resarcimiento del daño moral en España y en Europa*, Salamanca, Ratio Legis, 2007, pág. 423.

⁸⁸ Así se revela en *Arafa vs. Potter* (1994), *Personal Injury Quantum Reports*, 73 y 79.

- Gravedad: se entiende en relación con la intensidad del padecimiento, por lo que la principal objeción que se le puede oponer es la ausencia de evaluación posible del dolor o sufrimiento del paciente que solo podría hacerse por comparación, perdiendo así su propia entidad y pasando a ser evaluado en relación a parámetros externos y ajenos a la propia víctima⁸⁹.
- Umbral del dolor de la víctima, o lo que es lo mismo, grado de percepción del dolor por el perjudicado: KEMP y KEMP⁹⁰ comparan el caso *Fallon vs. Beaumont* -en el que un hombre murió 30 días después de un accidente en el que sufrió quemaduras en el sesenta y cinco por ciento de su cuerpo- con el caso *Doleman vs. Deakin* -en el que la víctima falleció seis semanas después del accidente y en circunstancias similares-. En el primer caso se concedió una indemnización por importe de 10.000 libras en consideración al sufrimiento padecido durante el tiempo que medió entre el accidente y el fallecimiento. En el segundo caso, se indemnizó al perjudicado con mil quinientas libras a pesar de que el tiempo entre el accidente y la muerte fue mayor, porque la víctima permaneció inconsciente las seis semanas.
- Edad del perjudicado: La cuantía de las indemnizaciones solían ser inferiores en casos de víctimas más jóvenes, aludiendo a la hipótesis

⁸⁹ *Wise vs. Kaye* (1962), 1 Queen's Bench 638 y 650: se trata de un caso en el que para individualizar un dolor físico se acude a la explicación descriptiva y comparativa de un dolor de muelas.

⁹⁰ KEMP y KEMP: *The quantum of damages in personal injury and fatal accidents claims*, Vol. III, Londres, Thomson, 2015, \$ L5 y L7.

de que un menor que sufre daño psicológico a *loss of amenity* lo hace en menor medida que un adulto.

Es preciso explicar que la imposibilidad de continuar realizando actividades de ocio, hobbies, incrementa la cuantía indemnizatoria. Así, aparece como *leading case* de este tema el caso *Wise vs. Kaye*⁹¹, en el que el demandante argumentó que no podía realizar su actividad favorita, que era la pesca, con lo que consiguió un incremento de la cuantía de la indemnización.

En el caso *Andrews vs. Freeborough*⁹² se afirmaba que un niño de ocho años no podía padecer la misma angustia que un adulto. Este criterio comenzó a abandonarse a partir del caso *Housecroft vs. Brunett*⁹³ en el que se asevera la imposibilidad de conocer el efecto del *loss of amenity* en menores de ocho a diecisiete años, criterio que ya se había apuntado antes en el caso *Croke vs. Wiseman*⁹⁴ para una niña de 21 meses con daño cerebral severo.

Como expone BARRIENTOS ZAMORANO⁹⁵, este criterio merece reparos por cuanto indemniza no el daño producido sino la capacidad de la víctima para soportarlo, lo que considera que es “un

⁹¹ *Wise vs. Kaye* (1962), 1 Queen's Bench 638, 644 y 645.

⁹² *Andrews vs. Freeborough* (1967), 1 Queen's Bench 1, 14 C

⁹³ *Housecroft vs. Brunett* (1986) 1 All England Law Reports 332, Decisions of the English Court Appeal 339-340.

⁹⁴ *Coke vs. Wiseman* (1982), 1 Weekly Law Reports 71, 85.

⁹⁵ BARRIENTOS ZAMORANO, B.: *El resarcimiento del daño moral en España y en Europa*, Salamanca, Ratio Legis, 2007, pág. 428.

elemento ajeno al raciocinio de indemnización a otorgar por daños extrapatrimoniales”. Sin embargo, no cabe perder de vista que nos encontramos en un sistema empírico, que no pretende la reparación del daño, sino su compensación, por lo que el criterio subjetivo de la víctima es relevante.

En *Phillips vs. London & Southwestern Rail Co*⁹⁶ se consideró que un hombre rico, con su riqueza, podría compensar su daño mejor que un hombre pobre.

- Disminución de las expectativas de vida: la indemnización se ve afectada por esta circunstancia desde dos vertientes.

Por un lado, el daño o menoscabo que sufre el paciente se reduce en el tiempo según disminuye la esperanza de vida.

Por otro lado, tal situación ocasiona un sufrimiento mental digno de ser considerado como daño indemnizable.

- Situación de salud preexistente: Es una circunstancia muy a tener en cuenta en el ámbito sanitario, en el que el estado del paciente al iniciar su tratamiento no es de salud plena, sino mermada por causa de la enfermedad que padece y que le conduce a buscar asistencia sanitaria, de ahí que el daño que pueda derivarse de la atención médica pueda ser solo la diferencia entre la situación final del enfermo y la inicial, lo que implicaría minorar la indemnización si el daño solo supone la misma incapacidad aunque agravada.

⁹⁶ *Phillips vs. London & South Western Railway Co* (1879) 4 Queens Bench Division, 406, 407, 408.

No cabe perder de vista que la incapacidad inicial del paciente, por el contrario, podrá suponer un aumento de la indemnización si es determinante para que la incapacidad después de la actuación médica sea distinta y más agravada. Por ejemplo, persona tuerta a la que se opera el ojo sano y queda ciega. Hay que indemnizar la ceguera, que es lo que la actuación médica ha producido dada la situación inicial del paciente, que era tuerto pero no ciego, como ocurrió en el caso *Paris vs. Stepney*⁹⁷.

- Género: en caso de perjuicio estético la mujer recibe más indemnización que el hombre.
- Circunstancias de producción del daño: se indemnizan con mayor cantidad los daños producidos en circunstancias más difíciles para la víctima. Así, en el caso *Phelan vs. East Cumbria*⁹⁸ se concedieron 15.000 libras de indemnización por la amputación de un miembro con anestesia insuficiente, además del dolor soportado se valoró la fobia que el paciente tomó a los quirófanos por dicho motivo.

En el caso *Allot vs. British Steel Corp*⁹⁹ la Corte de apelación elevó el *quantum* indemnizatorio en consideración a las “terroríficas

⁹⁷ KEMP y KEMP: *The quantum of damages in personal injury and fatal accidents claims*, Vol. III, Londres, Thomson , 2015, \$ I2.

⁹⁸ KEMP y KEMP: *The quantum of damages in personal injury and fatal accidents claims*, Vol. III, Londres, Thomson , 2015, \$ L8.

⁹⁹ KEMP y KEMP: *The quantum of damages in personal injury and fatal accidents claims*, Vol. III, Londres, Thomson , 2015, \$ J3.

circunstancias del accidente”, una explosión de fuego que ocasionó a la víctima muy graves quemaduras.

- Duración del efecto dañoso: el tiempo de duración del sufrimiento o de la incapacidad es determinante en la fijación de la indemnización.

CAPÍTULO V. SISTEMA DE BAREMOS DERECHO COMPARADO

1. Introducción

Un baremo es una relación de valores asignadas a un daño corporal que entraña una relación entre dicho daño y un valor económico. El valor más alto se corresponde con la mayor pérdida posible, es decir, la pérdida de la vida y, a partir de ahí, se establece una rebaja proporcional en función de la menor gravedad de las lesiones o secuelas.

Para DEROBERT¹⁰⁰ “un baremo de invalidez es una colección de valores, establecida sobre una estructura médica o médico-legal, en la que se asigna, según la gravedad de las secuelas presentadas por un individuo determinado, una cifra en porcentaje de la incapacidad permanente”.

BOROBIA¹⁰¹ propone una clasificación de baremos atendiendo a diferentes criterios:

- Según la obligatoriedad:
 - Obligatorios, como el de responsabilidad civil de tráfico, el del seguro obligatorio de viajeros o del de minusválidos.

¹⁰⁰ DEROBERT, L.: *La réparation juridique du dommage corporel*. Paris, Flammarion Medicine-Sciences, 1986.

¹⁰¹ BOROBIA FERNÁNDEZ, C.: Valoración del daño corporal. Legislación, metodología y prueba pericial médica. Barcelona, Esselvier Doyma. Masson, 2007, pág. 262.

- No obligatorios.
- Según el ámbito de actuación:
 - En el Derecho civil, el de la responsabilidad civil derivada de accidentes de circulación.
 - En el Derecho social, el de lesiones permanentes no invalidantes y el de minusválidos.
 - En el Derecho mercantil, el de viajeros.
- Según el contenido:
 - Amplios, con más de quinientas secuelas, como el de tráfico.
 - Pequeños, de menos de quinientas secuelas, como el de caza.
 - Con normas, como el de minusválidos.
 - Con pocas normas, como el de viajeros.

El sistema de baremos alivia la dificultad de valoración de los daños corporales que sin ellos implica incuestionables variaciones en las indemnizaciones.

A esta dificultad ha de añadirse la concurrencia de los daños morales y del lucro cesante –entendido como la capacidad del perjudicado de crear riqueza en el mercado de trabajo- así como la imposibilidad de la *restitutio in integrum*.

Estas dificultades favorecen la tendencia de la judicatura a indemnizar sin sujetarse a parámetros objetivos sino en atención únicamente a las circunstancias de cada caso y a su percepción subjetiva de las mismas. Ello

ha provocado en ocasiones una tendencia a incrementar las cuantías indemnizatorias,¹⁰² que llevó en los años ochenta al planteamiento de establecer cuantías máximas de indemnización –techos- o dejar de asegurar los riesgos¹⁰³.

En opinión de PINTOS AGER¹⁰⁴ la falta de uniformidad y, por lo tanto, de previsibilidad y seguridad en las indemnizaciones tiene consecuencias:

- La concesión de cantidades sustancialmente distintas para casos similares implica injusticia y ausencia de seguridad jurídica, lo que conlleva pérdida de confianza y descrédito del sistema, lo que lo hace ineficiente.
- Hace que los casos sean más largos y costosos tanto para las partes como para la Administración de justicia.
- La excesiva imprevisibilidad de las consecuencias del riesgo encarece el seguro, pudiendo llegar a poner en cuestión su propia viabilidad si las indemnizaciones no pudieran llegar a ser satisfechas con las provisiones efectuadas, lo que evidenciaría una insuficiencia de las primas y la necesidad de su subida.
- Repercutiría sobre la función preventiva o disuasoria de la responsabilidad, ya que los causantes del daño no percibirían de

¹⁰² BLUMSTEIN, J. F., BOUBJIERG, R. R. Y SWAN, F. A.: “Valuing Life and Limb in Tort: Shedulling <<Pain and Suffering>>”, en *Northwestern University Law Review*, núm. 4, Vol. 83, 1989.

También en BLUMSTEIN, J. F.: “Beyond Tort Reform: Developing Better Tools for Assessing Damages in Personal Injury”, en *Yale Journal on Regulation*, 1991.

¹⁰³ DE ÁNGEL YAGÜEZ, R.: *Tratado de Responsabilidad Civil*, Madrid, Civitas, 1993, págs. 160-165.

¹⁰⁴ PINTOS AGER, J.: *Baremos, seguros y Derecho de daños*, Madrid, Instituto Universitario de Derecho y Economía. Universidad Carlos III de Madrid, Civitas, pág.179.

forma homogénea las consecuencias de su actividad de riesgo, infravalorando o sobrevalorando el mismo¹⁰⁵.

- También se afectaría la función compensadora por la evidente producción de agravios comparativos.

Para BARRIENTOS ZAMORANO¹⁰⁶, si el sistema jurídico opta por la libre apreciación judicial a la hora de establecer la cuantía indemnizatoria el juez debería al menos sujetarse a dos condiciones:

- Identificar los factores más relevantes de los que se hace depender el importe de la indemnización como gravedad de la lesión, secuelas, edad de la víctima, etc.
- Desglosar la parte correspondiente al daño moral para distinguirla del resto de conceptos indemnizatorios.
-

2. Directiva 2005/14/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 11 de mayo de 2005 y transposición de la misma al Derecho español mediante la Ley 21/2007, de 11 de julio de reforma de la Ley de Responsabilidad Civil y Seguro en la Circulación de Vehículos a Motor

Los países europeos, en su mayoría, han seguido el sistema de responsabilidad civil combinando la exigencia de culpa con la admisión en

¹⁰⁵ Así lo consideran también GÓMEZ, F. y PASTOR, S: “El Derecho de accidentes y la responsabilidad civil: un análisis económico y jurídico”, Anuario de Derecho Civil, Tomo XLIII, fascículo 2, 1989, pág. 512.

¹⁰⁶ BARRIENTOS ZAMORANO, M.: *El resarcimiento del daño moral en España y en Europa*, Salamanca, Ratio Legis, 2007, pág. 444.

algunos casos de responsabilidad objetiva mediante la introducción del seguro obligatorio, en este sentido, es especialmente relevante la regulación establecida por la Unión Europea: la Directiva 72/166/CEE, la 84/5/CEE y la 90/232/CEE del Consejo, la Directiva 2000/26/CE del Parlamento Europeo y del Consejo y la Directiva 2005/14/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de mayo, relativa al Seguro de Responsabilidad Civil derivada de la Circulación Vehículos Automóviles (en adelante, Quinta Directiva).

De acuerdo con REGLERO CAMPOS¹⁰⁷ los límites cuantitativos para la cobertura del seguro obligatorio no habían sido modificadas desde 1984 hasta 2007, con la entrada en vigor de la citada Directiva,¹⁰⁸ que dispone como cuantías mínimas:

- Para los daños corporales, a 1.000.000 €por víctima, o 5.000.000 €por siniestro, cualquiera que sea el número de víctimas.
- Para los daños materiales, a 1.000.000 €por siniestro, cualquiera que sea el número de víctimas.

La Quinta Directiva prevé, además, un periodo transitorio, por el que se concede a los Estados miembros la posibilidad de incorporar tales límites a sus respectivos ordenamientos en un plazo de cinco años, si bien deberán alcanzar al menos el 50 por ciento de los mismos en el plazo de treinta meses.

¹⁰⁷ REGLERO CAMPOS, L.F.: “La Ley 21/2007, de 11 de julio de reforma de la Ley de Responsabilidad Civil y Seguro en la Circulación de Vehículos a Motor: la trasposición de la quinta Directiva CE”, en *InDret, Revista para el Análisis del Derecho* 4/2007, Barcelona.

¹⁰⁸ Si bien algunos estados miembros habían fijado límites superiores al mínimo previsto por la Directiva: Francia, Reino Unido, Bélgica, Luxemburgo Finlandia e Irlanda.

Asimismo, prevé un sistema de actualización automática de tales límites, por periodos de 5 años, contándose el primer periodo a partir de su entrada en vigor. El criterio de referencia de la actualización es el índice de precios de consumo europeo (IPCE) (Reglamento (CE) núm. 2494/95 del Consejo, de 23 de octubre de 1995, relativo a los índices armonizados de precios al consumo).

En nuestro ordenamiento jurídico las cuantías indemnizatorias a las que da cobertura el seguro obligatorio de tráfico, se habían venido contemplando en el Reglamento de desarrollo de la LRCSCVM, sin embargo, con la Ley 21/2007, dichas cuantías pasan a regularse en la propia ley y además se elevan en su cuantía, de conformidad con lo dispuesto en su artículo 4.2:

“Los importes de la cobertura del seguro obligatorio serán:

- a) En los daños a las personas, 70 millones de euros por siniestro, cualquiera que sea el número de víctimas,
- b) En los daños en los bienes, 15 millones de euros por siniestro”.

Estas cantidades son muy superiores a las exigidas por la Quinta Directiva, en lo relativo a la cobertura por siniestro (5.000.000 € en caso de daños corporales, y 500.000 € en el de daños materiales).

En lo que se refiere a los daños extrapatrimoniales, se modifica el criterio en cuanto al número de perjudicados, pasándose de la fijación de

una determinada cantidad por víctima, como había sido la regla hasta ahora, a la de otra por siniestro ¹⁰⁹.

La ley de trasposición prescinde de los periodos transitorios permitidos por la Quinta Directiva y dispuso la entrada en vigor de la cobertura del seguro por dichas cantidades el 1 de enero de 2008 (disp. final 2ª Ley 21/2007), con lo que se cubren igualmente de forma más que suficiente las exigencias de aquella ¹¹⁰.

Conviene recordar, en todo caso, que el proyecto de ley no contemplaba esta previsión, sino que fue objeto de enmienda por parte del Grupo Parlamentario Socialista en el Congreso de los Diputados (enmienda núm. 9), tratándose de la contrapartida ofrecida por las entidades aseguradoras (por medio de su patronal UNESPA), a cambio de una modificación sustancial del particular sistema procesal de la LRCSCVM, sustentado en el auto ejecutivo de su artículo 13.

¹⁰⁹ Para REGLERO CAMPOS el aumento cuantitativo es tan sustancial que el seguro obligatorio de accidente cubrirá sobradamente la práctica totalidad de las indemnizaciones (salvo siniestros catastróficos, estadísticamente residuales y, seguramente, bajo la cobertura del CCS), sin necesidad de “echar mano” del patrimonio del propietario o conductor del vehículo, ni del seguro voluntario, tal como prevé el párrafo 2º del art. 4.3 LRCSCVM, pero llamado a desaparecer.

¹¹⁰ El tiempo de entrada en vigor de esta previsión, sin utilizar los periodos transitorios de la Quinta Directiva, fue incorporada al Proyecto de Ley en virtud de la enmienda núm. 19 del Grupo Parlamentario Socialista en el Congreso, que la justificaba de la siguiente manera: “La importancia de los cambios introducidos en el texto refundido de la Ley sobre responsabilidad civil y seguro en la circulación de vehículos a motor aconseja el establecimiento de una *vacatio legis* de treinta días, con carácter general, y la aplicación de los nuevos límites de aseguramiento obligatorio desde el 1 de enero de 2008, al objeto de facilitar la adecuación a los nuevos importes de garantías a todos los sujetos intervinientes en el mercado del seguro de automóviles. Este plazo es compatible con las disposiciones de la Quinta Directiva del seguro de automóviles que se transpone”.

Lo cierto es que la entrada en vigor de las cantidades indemnizatorias sin aplicar los periodos transitorios permitidos por la Directiva favorece la seguridad jurídica al prestar mayor claridad al texto legal.

El artículo 4.1 LRCSCVM también contempla el sistema de actualizaciones de la cobertura cuantitativa del seguro obligatorio, en términos análogos al texto de la Directiva.

3. Derecho comparado

Sin perjuicio de la existencia de baremos, en los ordenamientos jurídicos europeos es lo más frecuente que la valoración del daño se efectúe discrecionalmente por los órganos jurisdiccionales, sin perjuicio de que los baremos se utilicen como referencia orientadora en esta actividad.

Según expone PINTOS AGER¹¹¹, solo en España el baremo previsto para los accidentes de circulación se presenta con carácter obligatorio para los juzgadores, a diferencia de lo que ocurre en Alemania, Bélgica, Francia, Gran Bretaña, Grecia, Holanda, Luxemburgo y Portugal.

¹¹¹ PINTOS AGER, J.: *Baremos, seguros y Derecho de daños*, Madrid, Instituto Universitario de Derecho y Economía. Universidad Carlos III de Madrid, Civitas, pág.179. El mismo autor expone que más recientemente HUGHES y TOMADINI excluyen de la utilización de baremos a Alemania, Austria, Gran Bretaña, Holanda, Irlanda, y Suecia.

3.1. Alemania

Alemania sigue un sistema homogéneo al español para los accidentes de tráfico, una suerte de responsabilidad objetiva –al menos parcialmente– fundada en la doctrina del riesgo.

3.2. Francia

En Francia el artículo 1.804 del Código Civil es muy similar al artículo 1.902 de nuestro propio Código Civil, sin que exista ningún documento con valor normativo que reconozca una valoración de los daños corporales ni que los defina como tales. Para REGLERO¹¹² no se trata tanto de un sistema de responsabilidad sino más bien de “inoponibilidad” a las víctimas de los accidentes.

Para la valoración del daño, DE ÁNGEL YAGÜEZ¹¹³ explica que el Centro de Documentación sobre el Daño Corporal edita una publicación periódica por prescripción legal: “merece ser citado el acreditado <<Baremo funcional indicativo de las incapacidades en Derecho común>>, del que son autores BROUSSEAU y ROUSSEAU. Del mismo modo que otro instrumento al que en Francia se recurre a menudo, como es el <<Baremo internacional de invalideces postraumáticas>>, obra de MELENNEC y otros autores”.

¹¹² REGLERO CAMPOS, L.F.: *Accidentes de circulación: responsabilidad civil y seguro*, Centro de Estudios del Seguro, 1990, págs. 47-77.

¹¹³ DE ÁNGEL YAGÜEZ, R.: “Las indemnizaciones de los daños personales en España en comparación con los países europeos”, en *Revista de Derecho de la circulación*, núm. 5, septiembre-octubre, 1992, págs. 239-247.

En Francia, pues, las indemnizaciones se fundamentan en los baremos, si bien de forma oficiosa, y a su vez estos baremos se basan en el porcentaje de discapacidad, la edad, el sexo o la actividad laboral de la víctima.

3.3. Italia y Portugal

En Italia y Portugal se presume, salvo prueba en contrario, la concurrencia de culpas de la víctima y del agente causante del daño en los accidentes de circulación, con una ley de seguro obligatorio que habilita al perjudicado a dirigirse directamente contra la aseguradora, sin perjuicio de que ésta pueda ejercitar una acción de repetición frente a su asegurado.

Los tribunales de Génova y Pisa, en Italia, han elaborado unas tablas de valoración que establecen indemnizaciones por puntos y pensiones sociales, Daño a la salud.

- Daño básico.
- Daño moral.
- Daño a la capacidad laboral.

La valoración del daño es de origen jurisprudencial.

3.4. Bélgica

En Bélgica, prevalece el sistema de responsabilidad por culpa, si bien la legislación admite algunos supuestos especiales de responsabilidad objetiva.

La valoración del daño es también jurisprudencial ante la ausencia de baremos, salvo el de invalideces, que se aplica para los casos de deficiencias físico-psíquicas en menores que puedan resultar beneficiarios de subsidios.

En Bélgica se dan las *indicative tariff* para el caso de invalidez permanente, que supone la aplicación de 750 euros por porcentaje del grado de invalidez, estableciendo una división entra mayores y menores de treinta años -que reciben más-. También se indemnizan con este concepto los perjuicios estéticos.

De acuerdo con COUSY y DROSHOUT¹¹⁴, La Federación Nacional de Magistrados en las Cortes de Primera Instancia y la Real Federación de Justicia de Paz y las Cortes Policiales revisan periódicamente las *indicative tariff*, que hemos de subrayar que no son obligatorias, pese a lo cual expresan una serie de criterios aplicables:

- El daño debe ser indemnizado en su integridad –entendida como no más ni tampoco menos- y lo más inmediatamente posible a su producción.
- Si el daño puede ser probado se indemnizará todo el daño probado.
- Si el daño no puede ser probado se acudirá a la tarifa.
- La lista de daños consignados no es exhaustiva ni excluyente de otros.

¹¹⁴ COUSY, H. y DROSHOUT, D.: “Non pecuniary loss Under Belgian Law”, en ROGERS, H.: *Damages for Non Pecuniary Loss, in a Comparative Perspective, Torts and Insurance Law*, Vol II, Nueva York, Springer, 2001, pág. 43.

- La tarifa no es obligatoria, sino que los jueces pueden decidir acogerse a ella o no.
- La tarifa no es de aplicación para los casos de responsabilidad contractual.

En el régimen jurídico británico rige la responsabilidad por culpa con la posibilidad de admitir compensación de culpas –*contributory negligence*-. También se ha producido una tendencia a la uniformidad mediante la elaboración por las Cortes de justicia de unos listados de casos que puedan servir como referencia: *Guidelines for de Assesment of General Damages in Personal Injury Cases*, que se publica y actualiza cada dos años.

Para ROGERS¹¹⁵ el sistema de baremos es represivo y no preventivo en cuanto a su función y por ello propugna su menor utilización en la práctica.

Se admite con carácter general la utilización del baremo elaborado por KEMP y KEMP¹¹⁶, que no es sino una tabla que refleja las indemnizaciones concedidas por los tribunales y que se actualiza periódicamente.

¹¹⁵ ROGERS, H: “Non pecuniary loss Under English Law”, en ROGERS, H.: *Damages for Non Pecuniary Loss, in a Comparative Perspective, Torts and Insurance Law*, Vol II, Nueva York, Springer, 2001, pág. 66.

¹¹⁶ KEMP y KEMP: *The quantum of damages in personal injury and fatal accidents claims*, Vol. III, Londres, Thomson, 2015.

4. Daño moral y Derecho comparado

Como tendremos ocasión de comprobar más adelante, es muy frecuente que algunas de las manifestaciones del daño producido por la asistencia sanitaria se identifiquen, confundan o asimilen al daño moral. Por ello resulta relevante extendernos en la problemática que suscitan los baremos en relación al daño moral.

En el daño moral se considera que el baremo tiene un alcance limitado, y algunos autores consideran que se trata de un mal menor¹¹⁷, siempre dentro de la función compensatoria y ante la imposibilidad de la reparación total.

El perjuicio estético, por ejemplo, en nuestro ordenamiento, con anterioridad a la reforma llevada a cabo por el Real Decreto Legislativo 8/2004, de 29 de octubre, por el que se aprueba TRLRCSCVM permitía una indemnización en una horquilla entre 20 y 100 puntos, después de la reforma no puede superar los 50 puntos que, además, se deben corresponder con la máxima afectación (100 por cien) en los casos de grandes quemados, grandes pérdidas de sustancia y grandes alteraciones de la morfología facial

¹¹⁷ HOYA COROMINA, J.: “La valoración del daño corporal “, en *Perfiles de la Responsabilidad Civil en el Nuevo Milenio*, Madrid, 2000, pag. 263.

o corporal. En la normativa anterior, se había puesto de manifiesto¹¹⁸ que la suma de puntuaciones podía superar los 100 puntos, lo que implicaba la superación del límite máximo del baremo, para evitarlo se aplicaba dicho límite máximo, de lo que resultaba una infraevaluación del exceso. Con la suma separada los puntos funcionales y los estéticos se modifica el sistema de cálculo minorando la indemnización.

Para PINTOS AGER¹¹⁹ el baremo es adecuado para indemnizar el daño moral: “la aplicación que pueda hacerse de la literatura sobre el valor de la vida para avanzar en la evaluación del daño moral deberá llevarse a cabo mediante baremos. Si ya no es razonablemente abordable la individualización del daño sufrido por la víctima, sino que, además, ni siquiera es deseable, nos encontramos ante todas las condiciones en las que un baremo, un conjunto de indemnizaciones medias sensibles a los grandes factores explicativos de la mayor parte de las indemnizaciones tiene sentido. El baremo no elimina los errores en la valoración judicial del daño sufrido por cada víctima, pero compensa los cometidos por todas, en valores agregados. Ello presenta algunas ventajas de cara al objetivo de la compensación, igualdad, seguridad jurídica y certidumbre; y casi todas las que se me ocurre imaginar en lo concerniente al efecto preventivo de la responsabilidad civil, pues repercute en el daño moral medio en el causante, una solución muy superior a la actual estimación arbitraria”.

¹¹⁸ MEDINA CRESPO, M.: *La valoración civil del daño corporal. Bases para un tratado. Análisis jurídico del sistema en la Ley 30/1995. Doctrina y jurisprudencia*, Tomo VI, Madrid, Dykinson, 2001.

¹¹⁹ PINTOS AGER, J.: “Baremos”, en *InDret, Revista para el Análisis Jurídico* 1/2000, pág. 11.

La aplicación del baremo de forma orientativa y no preceptiva ha suscitado la cuestión de si es susceptible de revisión en casación la aplicación analógica del baremo de tráfico a otros casos, MARTÍN CASALS y SOLÉ FELIÚ¹²⁰ consideran que no procede, al tratarse de una cuestión de hecho. BARRIENTOS ZAMORANO¹²¹, por el contrario, considera que el artículo 447 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, permite recurrir la aplicación analógica de baremos si el recurrente objeta las bases del cálculo de la indemnización manejadas por el Tribunal *a quo*.

En el daño moral el estudio del Derecho comparado permite distinguir:

4.1 Alemania

En el país germano las indemnizaciones por daño moral quedan fuera de baremo. Según MARKENSIS y UNBERATH¹²² la ley alemana pretende la *naturalrestitution*, es decir, un retorno al estado previo a la causación del daño.

¹²⁰ MARTÍN CASALS, M. y SOLÉ FELIÚ, J.: “20 problemas en la aplicación de la Ley de responsabilidad por productos defectuosos y algunas propuestas de solución (II)”, en Revista “Práctica de Derecho de daños”, en *Revista de responsabilidad civil y seguros*, núm. 10, pág. 16.

¹²¹ BARRIENTOS ZAMORANO, M.: *El resarcimiento por daño moral en España y en Europa*, Salamanca, Ratio Legis, 2007, pág. 442.

¹²² MARKENSIS, B. S. y UNBERATH, H: *The German Law of Torts: A comparative Treatise*, Oxford, Hart Publishing, 2002, pág. 923.

Ello implica que el juez dispone de total discrecionalidad para apreciar las circunstancias de cada caso y las diferencias en el estado de la víctima antes y después del perjuicio. La Corte Federal no puede revisar las cuantías indemnizatorias, tan solo pronunciarse sobre si la actuación del juez ha sido discrecional o simplemente arbitraria.

4.2 Francia

En Francia¹²³ existe un límite máximo a la indemnización por daño moral que se cifra en 46.000 euros, a pesar de que lo más habitual es que las indemnizaciones otorgadas no superen el tercio de dicha cifra.

La norma es la discrecionalidad del juez, pese a ello, de forma oficiosa se aplican baremos basados en la edad, sexo, profesión o grado de discapacidad de la víctima.

Entre los daños extrapatrimoniales se distinguen: incapacidad permanente, *pretium doloris*, perjuicio estético, disminución de calidad de vida, perjuicio sexual.

4.3 Gran Bretaña

En Inglaterra, según expone MARTÍN CASALS¹²⁴ la legislación limita tanto las cuantías indemnizatorias como los sujetos legitimados para el caso

¹²³ VINEY, G. Y MARKESINIS, B. S.: *La réparation du dommage corporel. Essai de comparaison des droits anglais e français*, París, Economica, 1985.

de muerte. Así, solo el cónyuge de la persona fallecida o los padres de un menor no casado podrían ser indemnizados por daño moral por el fallecimiento.

Cuando se reclama no solo el daño moral sino también perjuicio económico, es decir, lucro cesante o *financial loss*, la legitimación se amplía y pasa a incluir, además de a los cónyuges, a personas convivientes, ascendientes directos y en segundo grado colateral, descendientes y hermanos. En estos casos se presume el daño moral por el solo hecho del fallecimiento, si bien las cuantías son bajas.

MARTÍN CASALS opina que es un criterio mixto aceptable entre dos sistemas opuestos.

En Escocia e Irlanda no existe baremo y son los propios órganos jurisdiccionales quienes aportan criterios orientativos para indemnizar con cierto grado de uniformidad.

4.4 Italia¹²⁵

La Corte de Casación italiana considera que la indemnización del daño moral ha de fijarse de forma casuística atendiendo a criterios de equidad, procurando obviar la aplicación de baremos.

¹²⁴ MARTÍN CASALS, M y SOLÉ FELIÚ, J.: “El Daño moral”, en CÁMARA LAPUENTE, S. (coord.): *Derecho Privado Europeo*, Madrid, Colex, 2003, pág. 865.

¹²⁵ MONATERI, P. G.: “La responsabilità civile”, en SACCO, R. (director): *Trattato di diritto civile*, Turín, UTET, 1998, págs. 477-489.

Vid. también ROSSETTI, M.: *Il Danno alla Salute*, CEDAM- Wolters-Kluwer, 2009, págs. 445-579.

El *Codice Civile* (art. 2059) dispone que los daños no patrimoniales no se indemnizan a no ser que esté expresamente previsto por la ley. Por su parte, el *Codice Penale* establece (art. 185.2) que el causante del daño derivado de un ilícito penal está obligado a indemnizar tanto el daño patrimonial como el no patrimonial; de acuerdo con ello, solo el daño moral derivado del delito es indemnizable.

Para solventar la cuestión de los daños morales derivados de la situación psico-física o del estado de salud se crea el concepto de *danno biologico*, entendido como daño a la salud y un tercer género distinto del daño patrimonial y del daño moral. Esta nueva categoría incluiría, por un lado, la lesión física y/o psicológica además del *pretium doloris*, entendido como preocupación, angustia, miedo o dolor relacionados con dicha lesión física.

El Derecho de daños en Italia ha sido objeto de una gran expansión con numerosos intereses en juego. Ya en el año 2000 la Corte de Casación italiana había advertido de una excesiva discrecionalidad en la determinación de las cuantías indemnizatorias, indicando que la arbitrariedad estaba proscrita y que la determinación del *quantum* exigía un razonamiento que hiciera comprensibles los elementos que habían determinado esa concreta suma, cuidando especialmente de evitar el enriquecimiento injusto. En cumplimiento de este criterio, los órganos jurisdiccionales motivan sus resoluciones tomando en consideración como factores evaluables: la gravedad del daño, la duración de la situación de penuria, la edad, el sexo, la situación social del perjudicado, su desarrollo intelectual y psicológico y su grado de vulnerabilidad.

Desde el año 2001 existe un baremo en forma de tablas elaboradas conjuntamente por los Departamentos de Industria, Salud y Justicia para la valoración del *danno biologico* producido por accidentes de tráfico. Estas tablas se aplican analógicamente a otros daños producidos al margen de los accidentes de circulación.

En 2002 el legislador italiano estableció criterios adicionales para la valoración del *danno biologico* con la finalidad de alcanzar dos objetivos: por un lado, moderar las cuantías indemnizatorias excesivamente elevadas y por otro, subrayar que las cantidades establecidas en las tablas no eran rígidas y, por lo tanto, el juez podía aumentarlas de forma motivada.

CAPÍTULO VI. LA APLICACIÓN DEL BAREMO PARA LA VALORACIÓN DE DAÑOS CAUSADOS A LAS PERSONAS EN ACCIDENTES DE CIRCULACIÓN

España es el único país de la Unión Europea que cuenta con un baremo vinculante. Se trata del Sistema para la valoración de los daños y perjuicios causados a las personas en los accidentes de circulación, regulado en el anexo del TRLRCSCVM, recientemente modificado por la Ley 35/2015, de 22 de septiembre de reforma del sistema para valoración de los daños y perjuicios causados a las personas en accidentes de circulación.¹²⁶

Se trata de un sistema que comprende los daños corporales, los daños patrimoniales y el daño moral.

1. Antecedentes

Exponen GARCÍA-BLÁZQUEZ PÉREZ y MARA GARCÍA-BLÁZQUEZ¹²⁷ que en los años setenta del siglo pasado aparecieron los primeros baremos uniformadores de las indemnizaciones que se otorgaban por los órganos jurisdiccionales.

¹²⁶ Ley 35/2015, de 22 de septiembre de reforma del sistema para valoración de los daños y perjuicios causados a las personas en accidentes de circulación , BOE núm. 228, de 23 de septiembre de 2015 (BOE-A-2015-10197)

¹²⁷ GARCÍA-BLÁZQUEZ PÉREZ, M. y MARA GARCÍA-BLÁZQUEZ, C.: *Nuevo manual de Baremación del Daño Corporal*, Granada, Comares, 2013, págs. 38 y 39.

En la siguiente década de los ochenta, la Sección Española de la Asociación Internacional de Derecho de Seguros (SEAIDA) reunió un grupo de juristas para estudiar las valoraciones e indemnizaciones reconocidas por los tribunales para los casos de daño corporal, con un denominador común: la libre discrecionalidad del juez en la evaluación del daño¹²⁸.

La Dirección General de Seguros, mediante Resolución de 1 de junio de 1989 aprobó el baremo de indemnización de los daños corporales, a cargo del seguro de responsabilidad civil de suscripción obligatoria, derivados del uso y circulación de vehículos a motor. Sin embargo, no fue hasta la Ley 30/1995, de 8 de noviembre de Ordenación y Supervisión del Seguro Privado cuando se establecieron por primera vez criterios de valoración del daño personal.

En 1991 SEAIDA emitió sus criterios para la valoración de los daños personales, comprensivos de tablas de valoración y baremos de incapacidades. Estos criterios fueron acogidos mediante Orden del Ministerio de Economía y Hacienda, de 5 de marzo de 1991 para darles publicidad y favorecer los acuerdos entre las partes en orden a agilizar el pago de las indemnizaciones por parte de las aseguradoras evitando demoras innecesarias y perjudiciales para las víctimas. Con ello, además, se pretendía contribuir a la reducción de la actividad jurisdiccional sobre esta materia.

La Exposición de Motivos de la Ley 30/1995 afirma:

¹²⁸ DE ÁNGEL YAGÜEZ, R.: “Sobre la eventual limitación de las indemnizaciones en daños personales derivados de la circulación”, en *Documentación jurídica. Coloquios sobre la responsabilidad civil del automóvil. XXX Aniversario Coloquios de Bilbao*, Madrid, 1994, págs. 127 y ss.

“Este sistema indemnizatorio se impone en todo caso, con independencia de la existencia o inexistencia de seguro y de los límites cuantitativos del aseguramiento obligatorio (...) constituye, por tanto, una cuantificación legal del daño causado, a que se refiere el artículo 1902 del Código Civil, y de la responsabilidad a que hace referencia el artículo 19 del Código Penal”.

Con ello se manifiesta de forma indubitada la voluntad del legislador – incluso su finalidad, podría decirse- de establecer un sistema de baremos vinculante para los órganos jurisdiccionales, tanto en el orden civil como en el penal, para el establecimiento de las indemnizaciones destinadas a resarcir el daño personal producido en el entorno de la circulación de vehículos a motor.

2. La posición inicial del Tribunal Supremo sobre el sistema de baremo vinculante

Este sistema legal valorativo fue aplicado de forma desigual por los jueces y tribunales. Como muestra de esta posición inicial podemos citar la Sentencia del Tribunal Supremo de 26 de marzo de 1997¹²⁹:

“Ciertamente que la discrecionalidad con que en el ejercicio de esta función de cuantificación del daño actúan los Tribunales no impide que el órgano jurisdiccional acuda, como criterio orientativo, a lo consignado en

¹²⁹ STS 280/1997, de 26 de marzo de 1997, Sala de lo Civil, Sección 1ª (TOL 3.540.565)

un baremo. Pero también es cierto que los órganos de instancia tan solo cumplirán estrictamente su función jurisdiccional cuando el resultado de la prueba permita, por su coincidencia relativa con los términos del baremo, aceptar lo consignado en el mismo. Cuando, por el contrario, las probanzas practicadas en juicio arrojen un resultado sensiblemente diferente de los términos que se recogen en el baremo, el juzgador de instancia deberá, en cumplimiento de su función jurisdiccional, y para evitar que la discrecionalidad que le concede la doctrina jurisprudencial se torne en arbitrariedad, recoger el resultado concreto de lo probado en autos, desdeñando la solución normativa que, por su carácter general, no se adapta a todos los casos contemplados en las actuaciones judiciales”.

Esta misma Sentencia entiende que el baremo no puede ser vinculante, precisamente por considerarlo inconstitucional, por vulneración de lo establecido en el artículo 117 CE, que atribuye la función jurisdiccional a los jueces y tribunales en exclusiva, y no al legislador:

“De ahí que esta función de ineludible cumplimiento por los órganos jurisdiccionales no pueda ser voluntariamente abdicada, sustituyéndola por la simple aplicación de un baremo cuyo carácter normativo no puede desconocerse y que veta, de manera paladina, la doctrina jurisprudencial como se deduce de la anteriormente citada S. 25 marzo 1991”.

En virtud de este criterio la jurisdicción ordinaria no emitió una jurisprudencia que permitiera inferir la interpretación de los tribunales ni ejercitar la importante función de rellenar lagunas.

El Alto Tribunal, afirmó que el baremo implicaba un atentado a la libertad contractual y acababa con los contratos de seguro voluntario en tanto en cuanto las aseguradoras deberían satisfacer las indemnizaciones no de acuerdo a lo pactado en la póliza sino a lo establecido en el baremo.

Por último, el Tribunal Supremo entendió que el baremo incurría también en inconstitucionalidad ya que implicaba una desigualdad de las víctimas de hechos dañosos producidos en el ámbito de la circulación de vehículos a motor, para las que existía un baremo limitativo de las cuantías indemnizatorias, frente a las personas perjudicadas por hechos ajenos a la circulación, cuyas indemnizaciones no se verían afectadas por dichos límites, lo que supondría una vulneración del artículo 14 CE.

Por otro lado, se argumentó que el baremo también podría ser contrario al artículo 15 CE, en tanto en cuanto su aplicación obligatoria podía suponer la determinación de cuantías indemnizatorias menores al daño infligido, lo que no respetaría el principio de reparación del daño.

Así, en Sentencia de 19 de junio de 1997¹³⁰ el Tribunal Supremo argumenta sobre la inaplicación del baremo, y ello a pesar de que el caso no estaba relacionado con la circulación de vehículos a motor:

“Y también se discrepa en la aplicación de baremos establecidos para materia de tráfico, aunque se tomen con carácter orientativo, pues la S. de esta Sala de 26 de marzo del corriente año 1997 lo rechaza, siendo su criterio seguido por la de 24 de mayo, dado que la doctrina jurisprudencial proclama reiteradamente que la <<función>> de cuantificar los daños a

¹³⁰ STS 543/1997, de 19 de junio de 1997, Sala de lo Civil, Sección 1ª (TOL 3.673.671)

indemnizar es propia y soberana de los órganos jurisdiccionales, que tienen no solo la facultad de valorar las pruebas, sino obligación de hacerlo, sin que puedan abdicar de esa facultad-carga, de modo que el criterio orientativo solo cabe cuando coincida con la valoración probatoria, pero no cuando las probanzas practicadas en juicio arrojen un resultado sensiblemente diferente de los términos que se recogen en el baremo, pues de lo que se trata, según el art. 1902 del C.C, es de <<reparar el daño causado>>, lo que no puede fijarse apriorísticamente, sino en cada caso concreto (ver dicha sentencia de 26 de marzo de 1977, por ser mucho más especificativa en su referencia a baremos pretendidamente voluntarios y baremos con finalidad obligatoria). Y es por cuanto antecede que esta Sala -recuérdese que actúa como si lo fuese de instancia- ha recogido en fundamento anterior los informes periciales, de los que se desprenden tanto los daños materiales, como los morales y secuelas que ha de padecer el menor, todo lo cual, junto a lo establecido en el ordinal anterior, la lleva a concretar el quantum indemnizatorio en la cantidad de cuarenta millones de pesetas”.

MEDINA CRESPO¹³¹ cuestionó la oportunidad de esta resolución, ya que el baremo entró en vigor con posterioridad a los hechos enjuiciados, por lo que en ningún caso hubiera sido de aplicación, por lo que entiende que se aprovechó la primera oportunidad para fijar posición sobre la controvertida cuestión del carácter vinculante del baremo.

¹³¹ MEDINA CRESPO, M.: “La Sala Primera del Tribunal Supremo y los baremos del daño corporal, comentario a la Sentencia de 19 de junio de 1997”, en *Actualidad Jurídica Aranzadi*, 23 de abril de 1998, núm. 439, pág. 3.

3. El criterio del Tribunal Constitucional sobre el baremo y su carácter vinculante en los accidentes de circulación: la Sentencia 181/2000, de 29 de junio¹³²

La Sentencia del Tribunal Constitucional (STC) 181/2000, de 29 de junio¹³³ resolvió diversas cuestiones de inconstitucionalidad contra la Ley

¹³² STC 181/2000, de 29 de junio, Pleno (TOL 119.783), sobre las cuestiones de inconstitucionalidad acumuladas: 3536/96, 47/97, 1115/1997, 2823/97, 3249/97, 3297/97, 3556/97, 3949/97, 5175/97 y 402/98.

¹³³ MEDINA CRESPO, M.: *La bendición constitucional del Baremo. Razones y consecuencias*, Madrid, Dykinson, 2000.

Vid. también:

CAAMAÑO DOMÍNGUEZ, F.: “Leyes al por mayor, derecho a la diferencia y garantía judicial”, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 60, 2000, págs. 259-288.

FERNÁNDEZ CASTILLO, M. A.: “Problemas actuales de la responsabilidad civil por accidentes de circulación. Los factores de corrección para casos de muerte e incapacidad permanente, a la luz de la sentencia del Tribunal Constitucional, de 29 de junio de 2000”, en *Revista Tráfico y Seguridad Vial*, núm. 21, 2000, págs. 113-119.

FERNÁNDEZ ENTRALGO, J.: “La guerra del Baremo: la sentencia”, en *Jueces para la Democracia*, núm. 38, 2000.

JIMÉNEZ LECHUGA, F. J.: “La creación de riesgos como consecuencia de la circulación de vehículos a motor y las exigencias de reparación integral de los daños ocasionados a los particulares. Los sistemas de aseguramiento de riesgos. En particular, el caso de la STC 181/2000, de 29 de junio”, en *Revista de Administración Pública*, núm. 155, 2001, págs. 165-182.

PINTOS AGER, J.: “Sentencia del Tribunal Constitucional de 29 de junio de 2000, sobre el Baremo. Una oportunidad perdida”, en *InDret Revista para el Análisis del Derecho*, 2000/3.

REGLERO CAMPOS, L. F.: “La sentencia del Tribunal Constitucional 181/2000, de 29 de junio, sobre el sistema de valoración de daños corporales de la Ley sobre responsabilidad civil y seguro en la circulación de vehículos a motor”, en *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm.449, 2000, págs. 1-6.

REGLERO CAMPOS, L. F.: “Valoración de daños y Constitución. La sentencia del Tribunal Constitucional de 29 de junio de 2000, sobre el sistema de valoración de daños corporales de la Ley sobre responsabilidad civil y seguro en la circulación de vehículos a motor”, en REGLERO CAMPOS, L. F. (director): *Responsabilidad civil y seguro en la circulación de vehículos de motor*, Cizur Menor, Aranzadi, 1999 págs. 1-27.

TIRADO SUÁREZ, F. J.: “La doctrina constitucional sobre el baremo de indemnización de daños corporales. Comentario a la sentencia del Tribunal Constitucional 181/2000, de 29 de junio”, en *Derecho privado y Constitución*, núm. 14, 2000, págs. 301-371.

30/1995, de 8 de noviembre, de Ordenación y Supervisión de los Seguros Privados por la redacción que la Disposición adicional octava confería al Decreto 632/1968, de 21 de marzo, relativo a la reparación por responsabilidad civil del daño corporal, por entender que cualquier daño corporal está vinculado al artículo 15 CE que garantiza el derecho a la integridad física y moral.

El Tribunal Constitucional expresó que “la protección constitucional de la vida y de la integridad personal (física y moral) contiene un mandato de protección suficiente de aquellos bienes de la personalidad, dirigido al legislador y que debe presidir e informar toda su actuación, incluido el régimen legal del resarcimiento por los daños que a los mismos se hubiesen ocasionado”.

Como explica MEDINA CRESPO¹³⁴ la STC 181/2000¹³⁵ no solo resolvió la constitucionalidad del baremo, sino que abordó también otras cuestiones importantes.

VELASCO CABALLERO, F.: “Crónica de procesos sobre inconstitucionalidad de Leyes en aspectos no competenciales”, en VVAA: *La libertad ideológica. Actas de las VI Jornadas de la Asociación de Letrados del Tribunal Constitucional*, Madrid, Centro Estudios Constitucionales, Madrid, págs. 141-155.

VICENTE DOMINGO, E.: “La sentencia del Tribunal Constitucional de 29 junio 2000 sobre el Baremo de daños corporales”, en *Actualidad Civil*, núm. 43, págs. 1611-1622.

XIOL RÍOS, J. A.: “El ocaso de la jurisprudencia constitucional sobre valoración del daño corporal”, en *Revista de la Asociación Española de Abogados Especializados en Responsabilidad Civil y Seguro*, núm. 50, 2014, págs. 10-30.

YZQUIERDO TOLSADA, M.: *Sistema de responsabilidad contractual y extracontractual*, Madrid, Dykinson, 2001, págs. 491-494.

¹³⁴ MEDINA CRESPO, M.: “Proyección de la doctrina constitucional sobre el funcionamiento del sistema valorativo de la ley 30/1995. El rango relevante de las circunstancias excepcionales de índole dañosa”, en *2º Congreso de la Asociación Española*

En efecto, la Sentencia afirmó el carácter preceptivo del baremo y su extensión a la valoración de todos los daños corporales causados en accidentes de circulación, como instrumento con el que valorar el daño a indemnizar en virtud de la responsabilidad civil automovilística, circunscribiéndolo a este ámbito pero subrayando que se trata de un sistema legal valorativo y dado, precisamente, su carácter normativo, los órganos jurisdiccionales no pueden sustraerse al mismo. Por ello mismo, desautorizó las interpretaciones judiciales previas de la Sala 1ª del Tribunal Supremo, negando la interpretación dada hasta entonces: que el baremo tuviera un carácter meramente orientativo, que afectara sólo a la cobertura del seguro obligatorio; y que afectara sólo a la responsabilidad civil contraída sin la mediación de culpa.

Por último, confirmó la constitucionalidad del artículo 1.2 de la Ley 30/1995, que impide cualquier valoración al margen de él y que constituía el objeto directo de las cuestiones de inconstitucionalidad. Así, se establecía el carácter exclusivo y excluyente¹³⁶ del baremo como instrumento legal de valoración del daño corporal.

de Abogados Especializados en Responsabilidad Civil y Seguro, Granada, 2002, <http://www.asociacionabogadosrcs.org/ponencias/pon2-6.pdf>

¹³⁵ STC 181/2000, de 29 de junio, Pleno (TOL 119.783)

¹³⁶ En contra de este criterio se manifiesta REGLERO CAMPOS, L. F.: “Valoración de daños y Constitución. La sentencia del Tribunal Constitucional de 29 de junio de 2000, sobre el sistema de valoración de daños corporales de la Ley sobre responsabilidad civil y seguro en la circulación de vehículos a motor”, en REGLERO CAMPOS, L. F. (director): *Responsabilidad civil y seguro en la circulación de vehículos de motor*, Cizur Menor, Aranzadi, 1999 pp. 1-27

En resumen, la citada STC¹³⁷ sentó algunos principios que procede recordar:

- El sistema legal de valoración vincula a los jueces y tribunales ordinarios.
- En los sistemas de responsabilidad objetiva el legislador puede imponer límites a la cuantía de la indemnización, por lo que solo en los casos de responsabilidad subjetiva, es decir, con culpa del agente dañoso podría ser inconstitucional una limitación del importe de la indemnización.
- El principio de indemnidad queda garantizado, en relación con los daños corporales, siempre que las cuantías indemnizatorias que se establezcan sean compatibles con la dignidad y la integridad de la persona.
- La limitación de la indemnización para los daños patrimoniales que estén acreditados y sean superiores a la cantidad establecida en el baremo es contraria a la Constitución, por lo que se declara la inconstitucionalidad del apartado B de la Tabla V –factor de corrección o perjuicios económicos en el caso de incapacidad temporal. La doctrina citada anteriormente subraya que el Tribunal Constitucional no resuelve la cuestión de los daños patrimoniales acreditados y superiores a las cuantías previstas en el baremo para los supuestos de muerte e incapacidad permanente, a pesar de que la solución podría ir en la misma línea que para la incapacidad temporal.

¹³⁷ STC 181/2000, de 29 de junio, Pleno (TOL 119.783)

- Los dos reproches que más se hacen a la STC¹³⁸, además del recién mencionado, son: no haber resuelto la controvertida cuestión de los daños asistenciales futuros y la determinación de los perjudicados en las tablas del sistema como *numerus clausus*, omitiendo así a otros posibles perjudicados.

4. La evolución de la doctrina del Tribunal Constitucional sobre el sistema legal valorativo¹³⁹

Las sentencias del Tribunal Constitucional emitidas con posterioridad a la STC 181/2000¹⁴⁰ han ido perfilando algunos criterios que quedaron abiertos o poco definidos en aquel primer pronunciamiento.

4.1 Confirmación del carácter vinculante del baremo para el ámbito de los accidentes de circulación

La aplicación del baremo para fijar el *quantum* indemnizatorio determina el rechazo de alegaciones de arbitrariedad por parte de los

¹³⁸ STC 181/2000, de 29 de junio, Pleno (TOL 119.783)

¹³⁹ Este apartado es en buena medida tributario del trabajo de MEDINA CRESPO, M.: “Proyección de la doctrina constitucional sobre el funcionamiento del sistema valorativo de la ley 30/1995. El rango relevante de las circunstancias excepcionales de índole dañosa”, en *2º Congreso de la Asociación Española de Abogados Especializados en Responsabilidad Civil y Seguro*, Granada, 2002, <http://www.asociacionabogadosrcs.org/ponencias/pon2-6.pdf>

¹⁴⁰ STC 181/2000, de 29 de junio, Pleno (TOL 119.783)

recurrentes, así se revela en la STC 277/2005¹⁴¹, en la que los recurrentes alegaban que la Audiencia Provincial de Madrid había incurrido en irracionalidad y arbitrariedad, pues en la primera sentencia de apelación indicó que el juez podía aplicar sus propios criterios para la determinación del importe de la indemnización, en tanto que posteriormente afirmó que el criterio a seguir era el establecido en el baremo. El Tribunal Constitucional desestima la alegación puesto que la Sentencia recurrida no ofrecía dicha dualidad de posibilidades. No obstante, se echa de menos en su lectura una exposición más comprometida con la preceptividad del baremo.

Más contundente es la fundamentación jurídica expresada en la STC 5/2006¹⁴²:

“El sistema tasado o de baremo introducido por la cuestionada Ley 30/1995 vincula, como es lo propio de una disposición con ese rango normativo, a los jueces y tribunales en todo lo que atañe a la apreciación y determinación, tanto en sede de proceso civil como en los procesos penales, de las indemnizaciones que, en concepto de responsabilidad civil, deban satisfacerse para reparar los daños personales irrogados en el ámbito de la circulación de vehículos a motor. Tal vinculación se produce no solo en los casos de responsabilidad civil por simple riesgo, sino también cuando los daños sean ocasionados de manera culposa o negligente por parte del conductor del vehículo (...)

Así, contrariamente a lo pretendido en la demanda, será precisamente la falta de aplicación del baremo del anexo de la Ley sobre responsabilidad

¹⁴¹ STC 277/2005, de 7 de noviembre, Sala Primera (TOL 756.161)

¹⁴² STC 5/2006, de 16 de enero, Sala Primera (TOL 817.412)

civil y seguro en la circulación de vehículos a motor lo que podrá suponer que la decisión judicial correspondiente sea arbitraria y comporte una vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva de los perjudicados en un accidente de circulación o de los responsables civiles del mismo”.

Es decir, la falta de sujeción al baremo en el ámbito de la circulación de vehículos a motor constituye una arbitrariedad y conculca el derecho a la tutela judicial efectiva reconocido en el artículo 24 CE.

4.2 Posibilidad de aplicación orientativa del baremo de tráfico en otros ámbitos

La STC 181/2000¹⁴³ estableció el carácter vinculante del baremo para los casos de accidentes de circulación, pero no se pronunció sobre el papel que dicho baremo podría desempeñar mediante su aplicación orientativa a otros sectores de actividad distintos del tráfico de vehículos.

El Tribunal Supremo, por su parte, en la Sentencia de 10 de febrero de 2006¹⁴⁴ expone que la aplicación orientativa del baremo en ámbitos diversos de los accidentes de circulación no es lo mismo que la aplicación analógica de las normas legales de tasación prevista en el artículo 4.1 del Código Civil.

¹⁴³ STC 181/2000, de 29 de junio, Pleno (TOL 119.783)

¹⁴⁴ STS 58/2006, de 10 de febrero de 2006, Sala de lo Civil, Sección 1ª (TOL 839.274)

Para XIOL RÍOS¹⁴⁵ la clave dirimente de la controversia radica en la concepción de la propia valoración expresada en el baremo: si el sistema responde a una valoración objetiva del daño resulta razonable admitir la aplicación orientativa para casos ajenos a los accidentes de tráfico, si, por el contrario, el sistema legal valorativo se entiende como el establecimiento de un límite legal a las indemnizaciones, establecido por las especialidades características del sector automovilístico, carece de sentido su aplicación, ni siquiera orientativa a otros ámbitos en los que no concurren tales especiales características.

Entre estas dos posibilidades la STC 274/2005¹⁴⁶ parece confirmar que el criterio del Tribunal Constitucional es que el baremo no se trata tanto de un sistema de valoración objetivo cuanto de una limitación a las cuantías de las indemnizaciones si bien circunscrita a los daños personales y no materiales:

“Debemos, ante todo, poner de relieve que el sistema tasado o de baremo introducido por la Ley 30/1995 –sistema que, en síntesis y de forma simplificada, supone la limitación *ex lege* de las indemnizaciones a percibir en virtud de los daños personales (no de los materiales) que tengan su origen en un accidente de tráfico en función del número y de las circunstancias de los beneficiarios concurrentes- ha sido objeto de diversas decisiones de este Tribunal a partir de nuestra STC 181/2000, de 29 de junio¹⁴⁷. En esta

¹⁴⁵ XIOL RÍOS, J. A.: “El ocaso de la jurisprudencia constitucional sobre valoración del daño corporal”, en *Revista de la Asociación Española de Abogados Especializados en Responsabilidad Civil y Seguro*, núm. 50, 2014, pág. 13.

¹⁴⁶ STC 274/2005, de 7 de noviembre, Sala Primera (TOL 756.158)

¹⁴⁷ STC 181/2000, de 29 de junio, Pleno (TOL 119.783)

decisión el Tribunal puso de manifiesto que el legislador dispone de plena legitimidad constitucional para regular tal sistema con <<la densidad normativa>> que estime oportuno <<en lo que atañe a la valoración y cuantificación de los daños personales>> habida cuenta de la <<libertad de configuración>> de que dispone (...)”.

Esta misma STC subraya además la justificación de la obligatoriedad del baremo en virtud de las especiales circunstancias del sector de los accidentes de circulación:

“Existen poderosas razones para justificar objetivamente un régimen jurídico específico y diferenciado en relación con los daños producidos como consecuencia de la circulación de vehículos a motor. Así, la alta siniestralidad, la naturaleza de los daños ocasionados y su relativa homogeneidad, el aseguramiento obligatorio del riesgo, la creación de fondos de garantía supervisados por la Administración (Consortio de Compensación de Seguros) y, en fin, la tendencia a la unidad normativa de los distintos ordenamientos de los estados miembros de la Unión Europea, son factores concurrentes perfectamente susceptibles de ser valorados por el legislador y que justifican suficientemente y hace plausible la opción legislativa finalmente acogida, en cuanto sistema global”.

Esta justificación del baremo en función de las especificidades del sector del tráfico también se contempla en la STC 117/2006¹⁴⁸:

¹⁴⁸ STC 117/2006, de 24 de abril, Sala Primera (TOL 889.154)

“El sistema de baremo introducido por la Ley 30/1995, con el objeto de resarcir los daños originados como consecuencia de la circulación de vehículos a motor, es acorde con el principio de igualdad, puesto que el mismo, según hemos resuelto en la STC 181/2000, de 29 de junio¹⁴⁹, FJ 11 <<no se ha articulado a partir de categorías de personas o grupos de las mismas, sino en atención exclusivamente al específico ámbito o sector de la realidad social en que acaece la conducta o actividad productora de los daños. Se opera así en función de un elemento objetivo y rigurosamente neutro que explica por qué esa pluralidad de regímenes jurídicos especiales se aplica por igual a todos los ciudadanos, es decir, a todos los dañados, sin que implique, directa o indirectamente, un menoscabo de la posición jurídica de unos respecto de la de otros>>”.

En consonancia con los criterios expresados, el Tribunal Constitucional no considera que la inaplicación del baremo fuera del sector de la circulación vial pueda ser constitutiva de una vulneración del artículo 24 CE, aunque en la STC 180/2007¹⁵⁰ admite la posibilidad de que el sistema valorativo pueda ser tenido en cuenta por los órganos jurisdiccionales de forma orientativa:

“En el presente caso la aplicación del baremo para determinar la cuantía indemnizatoria no era obligatoria, al estar limitado a los supuestos de responsabilidad derivada de accidentes de circulación, sino meramente orientativa, lo que impide que pueda apreciarse una vulneración del artículo

¹⁴⁹ STC 181/2000, de 29 de junio, Pleno (TOL 119.783)

¹⁵⁰ STC 180/2007, de 10 de septiembre, Sala Primera (TOL 1.144.463)

24.1 CE porque no se haya hecho una aplicación literal o en toda su extensión del mismo”.

Sin embargo, la STC 47/2009¹⁵¹ sostiene:

“La cuestión de si el error de cálculo que, en trance de aplicar analógicamente el baremo indemnizatorio en materia de accidentes de circulación habría padecido la Sentencia impugnada, supone una lesión del derecho a la tutela judicial efectiva del recurrente (artículo 24.1 CE). Hay que verificar, para resolver el fondo de esta cuestión, si dicha Sentencia incurrió en alguna equivocación al cuantificar la indemnización que correspondía al recurrente y, de ser así, si aquella constituye un error patente con relevancia constitucional, vulnerando así el derecho a la tutela judicial efectiva del recurrente”.

La aparente contradicción en que incurren las dos últimas sentencias citadas entendemos que no es tal, ya que el Tribunal Constitucional no parte de la aplicación literal o no del baremo para decidir sobre si se ha dado o no tutela judicial efectiva, sino que su punto de partida es decidir cuál era la aplicación de la norma que quería hacer el tribunal ordinario

En la STC 180/2007¹⁵² el órgano jurisdiccional ordinario entiende que la aplicación del baremo es orientativa por lo que puede aplicarlo o no e, incluso, aplicarlo parcialmente, de forma exclusiva o conjunta con otros criterios de valoración. Por ello, la aplicación no literal pero querida por el juez no es una vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva.

¹⁵¹ STC 47/2009, de 23 de febrero, Sala Segunda (TOL 1.457.072)

¹⁵² STC 180/2007, de 10 de septiembre, Sala Primera (TOL 1.144.463)

Sin embargo, en la STC 47/2009¹⁵³, nos encontramos ante un caso en el que el juez ordinario entendía la pertinencia de la aplicación del baremo pero en la cuantificación se produce un error, por eso hay relevancia constitucional y vulneración del artículo 24 CE: porque la norma que el juez ordinario quería aplicar, finalmente, por error, no resulta aplicada y no se da la tutela judicial efectiva que el órgano jurisdiccional pretendía.

Apartando la idea de contradicción aparente entre ambas sentencias del Tribunal Constitucional podemos confirmar que su criterio es la admisibilidad del baremo como norma de aplicación con carácter orientativo, analógico incluso, llega a afirmar en la STC 74/2009. Ello no obstante, la inaplicación del mismo no puede considerarse vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva precisamente por su carácter no vinculante fuera del sector de los accidentes de circulación.

4.3 Cuantías indemnizatorias compatibles con la dignidad de la persona y principio de indemnidad

El Tribunal Constitucional parece apartarse del principio de indemnidad en la valoración de la vida al afirmar en la STC 181/2000¹⁵⁴ que “ese mandato constitucional de protección suficiente de la vida y de la integridad personal no significa que el principio de total reparación del dañado encuentre asiento en el artículo 15 CE”.

¹⁵³ STC 47/2009, de 23 de febrero, Sala Segunda (TOL 1.457.072)

¹⁵⁴ STC 181/2000, de 29 de junio, Pleno (TOL 119.783)

La cuestión radica en la muy controvertida y complicada materia de dar valor a la vida humana. En este contexto, nuestro Tribunal Constitucional afirma que el artículo 15 CE condiciona al legislador de dos modos:

- Con la exigencia de que en esa tarea de asignar valor económico a la vida y a la integridad personal se establezcan unas pautas y cuantías suficientes y respetuosas con la dignidad de la persona, con invocación del artículo 10.1 CE.
- Que esas cuantías indemnizatorias se extiendan a la integridad física y moral, tal como impone el artículo 15 CE, sin que puedan excluirse ninguno de los dos aspectos que conforman el ser humano.

Esta postura parece apartarse del principio de vertebración de las indemnizaciones, que exige la especificación detallada de la cuota de indemnización que corresponde a cada concepto del daño indemnizable. Así parece desprenderse de alguno de los pronunciamientos de nuestro Tribunal Constitucional, por ejemplo, de la STC 180/2007¹⁵⁵:

“Tampoco cabe considerar, como alega el recurrente, que la resolución impugnada dejara sin indemnizar conceptos que en la instancia se dieron por acreditados como son el daño moral o la incapacidad severa. Por un lado, en lo que se refiere al daño moral, es de destacar como también señala el Ministerio Fiscal, que si bien no se establece una indemnización separada de los daños morales esta queda dentro de la puntuación asignada a las secuelas apreciadas, en tanto que el baremo indemnizatorio incluye expresamente dentro del valor otorgado a cada punto el daño moral”.

¹⁵⁵ STC 180/2007, de 10 de septiembre, Sala Primera (TOL 1.144.463)

Bien es cierto que, sin perjuicio de lo anterior, el Tribunal Constitucional ha otorgado el amparo por vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva por la determinación de la cuantía indemnizatoria por la jurisdicción ordinaria a través de varias vías:

4.3. a) Por incongruencia omisiva

En los casos en los que los daños probados no se indemnizan. La STC 277/2005¹⁵⁶ establece esta postura por más que en el caso concreto enjuiciado se desestime: se trataba de un perjuicio estético omitido por el juzgado de instancia y por la Audiencia Provincial en la cuantía indemnizatoria que no había sido invocado por el interesado en la apelación, por lo que la omisión de la Audiencia se imputa al propio interesado.

4.3. b) Por valoración de la prueba

El Tribunal Constitucional reconoce la competencia exclusiva de los jueces y tribunales para la valoración de la prueba, de acuerdo con lo establecido en el artículo 117.3 CE. Por ello, no puede considerarse que se vulnera el artículo 24.1 CE si el juez ordinario valora con mayor credibilidad unos informes periciales sobre otros reconociendo así, o rechazando, la existencia de lesiones o secuelas concretas, que se

¹⁵⁶ STC 277/2005, de 7 de noviembre, Sala Primera (TOL 756.161)

indemnizarán o no, en función de la valoración de la prueba efectuada. Así se expone en la STC 36/2006¹⁵⁷.

4.3. c) Por verificación del cumplimiento del requisito de la motivación

Sobre esta cuestión el Tribunal Constitucional ha admitido la mera invocación del baremo como motivación suficiente, así lo hizo en la STC 277/2005¹⁵⁸ en la que considera que no se produce arbitrariedad cuando la Audiencia Provincial de Madrid rebajó la indemnización otorgada al perjudicado por la instancia invocando la cuantía prevista en el baremo:

“La motivación de la decisión judicial resulta suficiente a partir de la remisión que efectúa al contenido del baremo. Como acertadamente recuerda el Ministerio Fiscal, si se examina la Resolución de 2 de marzo de 2000 de la Dirección General de Seguros –por la que se da publicidad a las cuantías de las indemnizaciones por muerte, lesiones permanentes e incapacidad que resultarán de la aplicación durante el año 2000-, se comprueba que la incapacidad permanente total tiene asignada una cuantía de 2.196.633 pesetas a 10.983.309 pesetas. En consecuencia, mientras que la cifra concedida por el juez de instrucción de 12.000.000 pesetas no se encontraba dentro de los límites legales, la concedida por la Audiencia reconoce prácticamente el máximo indemnizatorio para la incapacidad permanente total. En atención a todo lo dicho no puede tildarse la Sentencia objeto de recurso de arbitraria, ni mucho menos considerar que carece de

¹⁵⁷ STC 36/2006, de 13 de febrero, Sala Primera (TOL 834.044)

¹⁵⁸ STC 277/2005, de 7 de noviembre, Sala Primera (TOL 756.161)

motivación, pues, como se ha indicado, se limita a ajustar al baremo la indemnización debida al recurrente”.

Por el contrario la determinación de una cuantía global, en la que no se expliciten los diversos aspectos indemnizables, según el baremo, constituye, para el Tribunal Constitucional, una falta de motivación que implica la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva. Así lo puso de manifiesto en la STC 5/2006¹⁵⁹:

“Más allá de este defecto constitucional por falta de aplicación del baremo, una resolución judicial que, como la ahora impugnada, determine la responsabilidad civil derivada de un accidente de circulación podrá infringir el artículo 24.1 CE si procede a dicha aplicación pero no motiva la misma, o si cabe apreciar que su motivación o la aplicación en sí es arbitraria, manifiestamente irrazonable o fruto de un error patente”.

Tras la Ley Orgánica 6/2007, de 24 de mayo, por la que se modifica la Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional (LOTC) se ha restringido la posibilidad de que el intérprete constitucional continuara estableciendo doctrina en materia de valoración del daño corporal, dado que la nueva redacción que la Ley Orgánica 6/2007 otorga al artículo 50 LOTC exige que el recurso de amparo sea objeto de una decisión de admisión a trámite por la Sección, mediante providencia dictada por unanimidad de sus miembros. La admisión solo tendrá lugar cuando se cumpla, entre otras condiciones, que “el contenido del recurso justifique una decisión sobre el fondo por parte del Tribunal Constitucional en razón de su

¹⁵⁹ STC 5/2006, de 16 de enero, Sala Primera (TOL 817.412)

especial transcendencia constitucional, que se apreciará atendiendo a su importancia para la interpretación de la Constitución, para su aplicación o para su general eficacia, y para la determinación del contenido y alcance de los derechos fundamentales”.

Estos nuevos requisitos de admisibilidad han determinado una drástica reducción de los recursos de amparo y, por consiguiente, una reducción proporcional de pronunciamientos del Tribunal Constitucional en relación con la materia objeto del presente trabajo. En virtud de ello, los tribunales ordinarios pueden desarrollar una jurisprudencia sobre esta materia sin las constricciones que el Tribunal Constitucional venía estableciendo al respecto.

5. La Ley 35/2015, de 22 de septiembre de reforma del sistema para valoración de los daños y perjuicios causados a las personas en accidentes de circulación¹⁶⁰

5.1. Estructura de la reforma

La reforma trae causa de la propuesta derivada de los trabajos realizados por el Grupo de Trabajo constituido a tal fin en 2010 e integrado por representantes de la Fiscalía de Seguridad Vial, el Ministerio de Justicia, la Dirección General de Seguros y Fondos de Pensiones y, como colectivos interesados, las asociaciones de víctimas, UNESPA, el consorcio de compensación de seguros y la doctrina científica¹⁶¹.

¹⁶⁰ Ley 35/2015, de 22 de septiembre de reforma del sistema para valoración de los daños y perjuicios causados a las personas en accidentes de circulación (TOL 5.433.167)

¹⁶¹ El Grupo fue presidido por Miquel MARTÍN CASALS y también formó parte del mismo Mariano MEDINA CRESPO. Procede subrayar de estos autores y sobre este tema: MARTÍN CASALS, M.: “Sobre la propuesta del nuevo <<sistema de valoración de los daños y perjuicios causados a las personas en los accidentes de circulación>>: exposición general y crítica”, en *Revista de la Asociación Española de Abogados Especializados en Responsabilidad Civil y Seguro*, núm. 50, 2014, págs. 41-68.

MARTÍN CASALS, M.: “Líneas generales de la propuesta y sus disposiciones directivas”, en *Revista de Responsabilidad Civil, Seguro y Tráfico*, Sepin, 2015.

MEDINA CRESPO, M: “Primeras nociones sobre el texto elaborado por el Comité de Expertos para la Propuesta de reforma del Sistema Legal Valorativo”, en *Revista de la Asociación Española de Abogados Especializados en Responsabilidad Civil y Seguro*, núm. 50, 2014, págs. 31-40.

MEDINA CRESPO, M: “El resarcimiento de los perjuicios personales en la propuesta de reforma del sistema legal valorativo”, en *Revista de Responsabilidad Civil, Seguro y Tráfico*, Sepin, 2015.

La Ley modifica el TRLRCSCVM en lo relativo a la responsabilidad del conductor, obligaciones del asegurador y del perjudicado y procedimiento de mediación e introduce un nuevo sistema para la valoración de los daños y perjuicios causados a las personas en accidentes de circulación.

La introducción del nuevo sistema se efectúa como Título IV del texto refundido, el cual consta de dos capítulos: el Capítulo I sobre criterios generales para la determinación de la indemnización del daño corporal y el Capítulo II sobre reglas para la valoración del daño corporal.

También se han previsto tres disposiciones adicionales, la primera sobre la creación de una Comisión de Seguimiento del sistema de valoración y la segunda para precisar que las referencias normativas del TRLRCSCVM al anexo del Real Decreto Legislativo 8/2004, que se deroga, deberán entenderse efectuadas al nuevo sistema valorativo.

La tercera Disposición adicional, de gran relevancia para el presente trabajo, expone que “el sistema de valoración regulado en esta Ley servirá como referencia para una futura regulación del baremo indemnizatorio de los daños y perjuicios sobrevenidos con ocasión de la actividad sanitaria”.

La Disposición transitoria establece que el nuevo sistema se aplicará únicamente a las víctimas que lo sean después de su entrada en vigor, que tendrá lugar el 1 de enero de 2016, de conformidad con lo establecido en la Disposición final quinta.

La Disposición derogatoria deroga expresamente el sistema de valoración del Real Decreto Legislativo 8/2004

Las disposiciones finales primera a cuarta no guardan relación con el baremo sino que son modificativas de otras normas.

Además, a modo de anexo, la Ley incorpora unas tablas, las cuales, de conformidad con lo establecido en el artículo 34.2 de la Ley “Cada una de estas tablas incluye de modo separado la reparación de los perjuicios personales básicos (1.A, 2.A y 3.A), de los perjuicios personales particulares (1.B, 2.B y 3.B) y de los perjuicios patrimoniales (1.C, 2.C y 3.C)”.

La combinación de texto articulado y tablas pretende el cumplimiento del principio de vertebración¹⁶² o, lo que es lo mismo, que en la determinación de la indemnización queden claramente separados los perjuicios patrimoniales, los extrapatrimoniales y, dentro de estos, los perjuicios básicos – las concretas lesiones o secuelas, por ejemplo, la pérdida de un miembro- de los perjuicios particulares, entendidos como la pérdida de la calidad de vida¹⁶³.

5.2. Principios del sistema de valoración

El artículo 33 recoge los principios del sistema de valoración:

¹⁶² MEDINA CRESPO, M.: “Los principios institucionales de la valoración del daño y su discutido acogimiento en el Sistema de la Ley 30/1995”, en LÓPEZ GARCÍA DE LA SERRANA, J. (director). *Manual de valoración del daño corporal: Guía de aplicación del sistema de Baremación para Accidentes de Circulación*, Cizur Menor, Thomson Aranzadi, 2013.

¹⁶³ Concepto indemnizable según el Derecho y la doctrina francesa, como pudimos estudiar en el apartado del Daño moral y Derecho comparado de la primera parte de esta tesis doctoral.

“1. La reparación íntegra del daño y su reparación vertebrada constituyen los dos principios fundamentales del sistema para la objetivación de su valoración.

2. El principio de la reparación íntegra tiene por finalidad asegurar la total indemnidad de los daños y perjuicios padecidos. Las indemnizaciones de este sistema tienen en cuenta cualesquiera circunstancias personales, familiares, sociales y económicas de la víctima, incluidas las que afectan a la pérdida de ingresos y a la pérdida o disminución de la capacidad de obtener ganancias.

3. El principio de la reparación íntegra rige no sólo las consecuencias patrimoniales del daño corporal sino también las morales o extrapatrimoniales e implica en este caso compensar, mediante cuantías socialmente suficientes y razonables que respeten la dignidad de las víctimas, todo perjuicio relevante de acuerdo con su intensidad.

4. El principio de vertebración requiere que se valoren por separado los daños patrimoniales y los no patrimoniales y, dentro de unos y otros, los diversos conceptos perjudiciales.

5. La objetivación en la valoración del daño supone que se indemniza conforme a las reglas y límites establecidos en el sistema, por lo que no pueden fijarse indemnizaciones por conceptos o importes distintos de los previstos en él. No obstante, los perjuicios relevantes, ocasionados por circunstancias singulares y no contemplados conforme a las reglas y límites del sistema, se indemnizan como perjuicios excepcionales de acuerdo con las reglas establecidas al efecto en los artículos 77 y 112”.

De este precepto se infiere de forma indubitada que son indemnizables tanto los daños patrimoniales como los extrapatrimoniales, respecto de estos segundos, habida cuenta de la inviabilidad material de la reparación íntegra en el sentido de indemnidad expresado en el apartado 2 del precepto, es preciso acudir a la función compensatoria expresamente indicada en el apartado 3, pues como ya es sabido no existe un mercado –ni sería admisible que existiera- que pueda servir de punto de referencia para evaluar el perjuicio sufrido.¹⁶⁴

5.3. Cuestiones generales

Entre las cuestiones generales a destacar del nuevo sistema merece subrayarse la importancia que recibe la distinción entre las indemnizaciones correspondientes a los herederos por los daños padecidos por el perjudicado que fallece antes de ser resarcido y las que corresponde *iure proprio* a los familiares y allegados directamente perjudicados por su muerte¹⁶⁵. Así, respecto de la indemnización por lesiones temporales se dispone que la cuantía correspondiente a los herederos se establecerá proporcionalmente al tiempo transcurrido desde el accidente hasta la estabilización de las secuelas o hasta el fallecimiento, si este es anterior. En el caso de que el perjudicado

¹⁶⁴ CANO CAMPOS, T.: “La transmisión <<mortis causa>> del derecho a ser indemnizado por daños no patrimoniales causados por la Administración”, en *Revista de Administración Pública*, núm. 191, 2013, pág-118.

¹⁶⁵ MEDINA CRESPO, M.: *Transmisión hereditaria del crédito resarcitorio por daños corporales. Reconocimiento y cuantía. Doctrina y jurisprudencia*. Barcelona, Bosch, 2013. Vid. también CANO CAMPOS, T.: “La transmisión <<mortis causa>> del derecho a ser indemnizado por daños no patrimoniales causados por la Administración”, en *Revista de Administración Pública*, núm. 191, 2013.

muera con anterioridad a la determinación del *quantum* indemnizatorio, los herederos recibirán, en concepto de “daño inmediato” un 15 por ciento del perjuicio personal básico por lesiones que hubiera correspondido al perjudicado, además de un porcentaje sobre la cuantía restante proporcional al tiempo transcurrido desde el accidente hasta el fallecimiento en relación con la esperanza de vida.

También dentro de las cuestiones generales resultan destacables las normas relativas a la indemnización en forma de renta vitalicia, que puede ser convenida entre las partes, o acordada por el juez a petición de una de ellas, como sustitución total o parcial de la indemnización correspondiente. También puede ser acordada por el juez, de oficio, para los perjudicados menores o incapaces si la estima necesaria para la mejor protección de los intereses de estos.

5.4. Perjuicios extrapatrimoniales

5.4. a) Perjudicados en caso de muerte

En caso de muerte el artículo 62 dispone cinco categorías de perjudicados (cónyuge viudo, ascendientes, descendientes, hermanos y allegados) y el artículo 68 explicita que su indemnización no depende de la concurrencia o no con otros perjudicados.

5.4. b) Perjuicio personal particular en caso de muerte

Se trata de la repercusión de perjuicio en la situación personal del perjudicado. Se resarcen mediante la aplicación de criterios específicos que incrementan la indemnización básica fijada en la tabla 1.A de la Ley. Los perjuicios particulares no son excluyentes entre sí y, de concurrir en un perjudicado, son acumulables. En el caso del allegado el único perjuicio particular resarcible es, en su caso, el de la discapacidad física, intelectual y sensorial.

5.4. c) Perjuicio personal básico y perjuicio particular en el caso de secuelas

El artículo 93.1 define las secuelas como “las deficiencias físicas, intelectuales, orgánicas y sensoriales y los perjuicios estéticos que derivan de una lesión y permanecen una vez finalizado el proceso de curación. El material de osteosíntesis que permanece al término de este proceso tiene la consideración de secuela”.

La valoración económica se hace con la combinación de dos tablas: Tabla 2.A.1 denominada “baremo médico” y Tabla 2.A.2 o “baremo económico”.

El “baremo médico” se corresponde con la anterior Tabla VI del anexo al TRLRCSCVM, comprende la medición de un perjuicio psicofísico mediante un porcentaje de menoscabo medido en puntos con base cien. El perjuicio estético sigue las mismas reglas pero con base 50 y la puntuación se realiza por separado.

En el baremo económico se establece la combinación de la puntuación derivada del baremo médico y la edad del perjudicado, atribuyendo en la intersección una concreta cantidad en euros.

Se incorporan algunos de los anteriores factores de corrección como perjuicios particulares, tal es el caso de los “daños complementarios por perjuicio psicofísico”, cuyo objeto es la compensación de secuelas especialmente graves. También se incorporan conceptos nuevos, como los “daños morales complementarios por perjuicio estético”.

Como ya avanzábamos más arriba, se introduce el concepto de “pérdida de calidad de vida”, que comprende varios aspectos:

- Pérdida de autonomía personal: menoscabo que impide la realización de las actividades básicas de la vida –vestirse, asearse, comer, beber, etc.-
- Pérdida de desarrollo personal: limitación para las actividades de ocio o disfrute del perjudicado.
- Perjuicio moral por no poder desempeñar un trabajo entendiendo que ello forma parte de la autoestima de la persona.

Además de estas categorías la pérdida de calidad de vida se divide en cuatro modalidades en función de su gravedad: muy grave, grave, moderada y leve.

5.4. d) Perjuicio personal básico y perjuicio particular en el caso de lesiones temporales

El perjuicio personal básico se equipara al actual día no impeditivo y se extiende desde el momento de producción del daño hasta la curación o la determinación de las secuelas.

El perjuicio particular se entiende como la pérdida de calidad de vida, que puede ser:

- Muy grave si el perjudicado pierde su autonomía personal durante ese tiempo, por ejemplo en caso de coma.
- Grave, si se pierde la autonomía personal para una parte de las actividades esenciales de la vida diaria, equivaldría a los días de estancia hospitalaria.
- Moderado, si el perjudicado queda impedido para la realización de parte de sus actividades de desarrollo personal, equivaldría a los días impeditivos.

5.5 Perjuicios patrimoniales¹⁶⁶

Es una de las más relevantes mejoras del nuevo sistema en comparación con el previo. Se regulan más detalladamente los gastos indemnizables como daño emergente y el lucro cesante se indemniza como el producto de

¹⁶⁶ PÉREZ TIRADO, J.: “El resarcimiento de los perjuicios patrimoniales, con especial mención al lucro cesante en caso de incapacidad permanente o fallecimiento. Comparativa de la regulación vigente y de la regulación propuesta”, en *Revista de Responsabilidad Civil, Seguro y Tráfico*, Sepin, 2015.

un multiplicando, consistente en los ingresos de la víctima en una tabla en tramos de 3.000 euros y un multiplicador, que tiene en cuenta varios factores.

5.5.a) Daño emergente en caso de muerte

Hay un perjuicio patrimonial básico valorado en 400 euros que todo perjudicado percibe sin necesidad de justificación. Además se consideran indemnizables unos gastos específicos que incluyen entierro, funeral, traslado del difunto y repatriación del cadáver, si fuera preciso.

5.5.b) Daño emergente en casos de secuelas

Incluyen los gastos de asistencia sanitaria futura para secuelas iguales o superiores a 50 puntos o a 30 si el perjudicado puede probar su necesidad. En ningún caso se contemplan para secuelas inferiores a 30 puntos.

También comprende los gastos de prótesis y ortesis, que se satisfacen directamente a la víctima e incluyen las reposiciones necesarias con el límite de 50.000 euros para cada una de ellas.

Del mismo modo se contemplan los gastos de rehabilitación, que igualmente se satisfacen al interesado y tienen limitaciones cuantitativas anuales para los diferentes tipos de secuelas.

Asimismo se indemnizan los gastos derivados de la pérdida de autonomía personal muy grave, entre los que se podrían comprender los de adecuación de la vivienda o del vehículo, también sujetos a límites cuantitativos, y los gastos de ayuda de tercera persona, que no se someten a límite cuantitativo pero sí de número de horas.

5.5.c) Daño emergente en casos de lesiones temporales

En este supuesto la *summa divissio* puede hacerse entre gastos de asistencia sanitaria, que consisten en atención médica, gastos farmacéuticos, pruebas diagnósticas, transporte, prótesis y ortesis no definitivas, etc. y otros gastos resarcibles, en los que cabe comprender los que genera el daño en la vida diaria del perjudicado, incluyendo los desplazamientos propios y los de los familiares para atender a su cuidado o al de aquellos que estaban a su cargo.

5.5.d) El lucro cesante en caso de muerte

Se excluye del parámetro para establecer la indemnización el 10 por ciento de los ingresos de la víctima que se considera que destinaba a su propio gasto. Del 90 por ciento restante, el cónyuge recibe un 60 por ciento, el hijo menor de 30 años el 30 por ciento y otros familiares o allegados un 20 por ciento. En caso de que el número de perjudicados implique que la suma de sus cuotas sea superior al 90 por ciento, la cuota de cada uno se reducirá proporcionalmente.

5.5.e) El lucro cesante en caso de secuelas

Se prevén tres posibles situaciones:

- Pérdida parcial o total de ingresos en función de la gravedad de la lesión: el multiplicando se calcula en atención a la reducción de ingresos correspondiente al grado de incapacidad acreditado teniendo en cuenta los ingresos percibidos durante el año anterior al accidente o la media de los tres últimos años, a elección de la víctima.
- Perjudicados que aún no se habían incorporado al mercado laboral y ya no podrán hacerlo por incapacidad permanente o absoluta, en el primer caso el multiplicando es una cantidad equivalente a 1,5 salario mínimo interprofesional y en el segundo caso a un 0,8 salario mínimo interprofesional. En caso de que el perjudicado tuviera un nivel de formación superior o equivalente dichas cantidades se incrementan un 20 por ciento.
- Perjudicados que se dedican parcial o totalmente a las tareas domésticas: para una dedicación completa el multiplicando equivale a un salario mínimo interprofesional, que puede incrementarse hasta un salario y medio si existen especiales necesidades de atención familiar. Si la dedicación era parcial el multiplicando se cifra en el 55 por ciento de las cantidades anteriores.

El multiplicador es un coeficiente que se obtiene de la combinación de los siguientes factores:

- Pensiones públicas de incapacidad a las que tenga derecho el perjudicado.
- Duración del perjuicio hasta la edad de jubilación, establecida en 67 años. Salvo en los casos de especial reducción del rendimiento del perjudicado por causa de las secuelas, que se establece en dos años.
- Riesgo de fallecimiento.
- Tasa de interés de descuento, considerando la inflación.

5.5.f) El lucro cesante en caso de lesiones temporales

Se trata de la pérdida de ingresos del perjudicado por no poder llevar a efecto su actividad laboral o profesional. Se valora de forma estimativa desde el momento de producción del daño hasta el de la curación o estabilización de las secuelas.

PARTE II. VALORACIÓN DE LOS DAÑOS ESPECÍFICOS DERIVADOS DE LA ASISTENCIA MÉDICA O SANITARIA

CAPÍTULO I. VULNERACIÓN DEL DERECHO A LA INFORMACIÓN DEL PACIENTE

1. Concepto

En esta materia es preciso distinguir¹⁶⁷ entre dos conceptos que están íntimamente relacionados pero son diferentes, por lo que un abordaje precipitado de la cuestión podría dar lugar a mezclarlos en una simplificación inadecuada para la finalidad del presente trabajo.

En primer término, hemos de hacer referencia a la información, que se configura como un deber del médico a suministrarla que tiene su contrapunto en el derecho del paciente a recibirla.

La Ley General de Sanidad, en su artículo 10.5, ya disponía que el paciente, frente a la Administración sanitaria, tenía derecho: “a que se le dé en términos comprensibles, a él y a sus familiares o allegados, información completa y continuada, verbal y escrita, sobre su proceso, incluyendo diagnóstico, pronóstico y alternativas de tratamiento”.

¹⁶⁷ XIOL RÍOS, J. A.: “El consentimiento informado”, en *Revista Española de la Función Consultiva* núm. 16, 2011, págs. 131 y 132

La Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la Autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica deroga el precepto anterior y en su artículo 4 incluye la regulación del derecho a la información del paciente:

“1. Los pacientes tienen derecho a conocer, con motivo de cualquier actuación en el ámbito de su salud, toda la información disponible sobre la misma, salvando los supuestos exceptuados por la Ley. Además, toda persona tiene derecho a que se respete su voluntad de no ser informada. La información, que como regla general se proporcionará verbalmente dejando constancia en la historia clínica, comprende, como mínimo, la finalidad y la naturaleza de cada intervención, sus riesgos y sus consecuencias.

2. La información clínica forma parte de todas las actuaciones asistenciales, será verdadera, se comunicará al paciente de forma comprensible y adecuada a sus necesidades y le ayudará a tomar decisiones de acuerdo con su propia y libre voluntad.

3. El médico responsable del paciente le garantiza el cumplimiento de su derecho a la información. Los profesionales que le atiendan durante el proceso asistencial o le apliquen una técnica o un procedimiento concreto también serán responsables de informarle”.

Existe, por lo tanto, un derecho del paciente a la información y una correlativa obligación del médico y demás profesionales que le atiendan durante el proceso asistencial, o que le apliquen técnicas o procedimientos concretos.

Otras disposiciones legales establecen también el derecho a la información de los pacientes:

- La Ley 30/1979, de 27 de octubre, sobre extracción y transplante de órganos¹⁶⁸, ya muy tempranamente exigía la necesidad de que el donante fuera informado exhaustivamente “de las consecuencias de su decisión. Esta información se referirá a las consecuencias previsibles de orden somático, psíquico y psicológico, a las eventuales repercusiones que la donación pueda tener sobre su vida personal, familiar y profesional, así como a los beneficios que con el transplante se espera haya de conseguir el receptor”.
- La Ley 17/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida¹⁶⁹, incluye dentro del deber de información aspectos jurídicos, éticos -relacionados con el destino de los embriones- y económicos.
- La Ley 14/2007, de 3 de julio, de investigación biomédica¹⁷⁰, regula el derecho a ser informado sobre los datos genéticos relevantes, las consecuencias de la investigación y los descubrimientos inesperados.
- La Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo¹⁷¹, exige que el contenido de la información se extienda a los diversos métodos

¹⁶⁸ Ley 30/1979, de 27 de octubre, sobre extracción y transplante de órganos (TOL 6.188)

¹⁶⁹ Ley 17/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida (BOE núm. 126, de 27 de mayo de 2006, referencia BOE-A-2006-9292)

¹⁷⁰ Ley 14/2007, de 3 de julio, de investigación biomédica (TOL 1.082.659)

¹⁷¹ Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo (TOL 1.782.990)

de interrupción del embarazo, a los centros públicos acreditados, a las condiciones de cobertura, a las consecuencias médicas psicológicas y sociales de la prosecución del embarazo y a las prestaciones sociales a las que tendría derecho.

La obligación de informar no cede aunque no existan tratamientos alternativos entre los que pudiera elegir el enfermo. Así lo expresa el Tribunal Supremo en Sentencia de 10 de mayo de 2006¹⁷²:

“La tesis de la sentencia de instancia, que no atribuye consecuencias a la falta de información al no ser posible optar por otra alternativa distinta al tratamiento, no enerva la obligación de hacerlo y de obtener el consentimiento informado previo a la intervención pues la actuación decisoria pertenece al enfermo y afecta a su salud y como tal no es quien le informa si no él quien a través de la información que recibe, adopta la solución más favorable a sus intereses. Lo contrario sería tanto como admitir que las enfermedades o intervenciones que tengan un único tratamiento, según el estado de la ciencia, no demandan "consentimiento informado"

El titular del derecho a la información es el paciente. Sin perjuicio de ello, el artículo 5 de la Ley 41/2002 dispone que, siempre que lo autorice de forma expresa o tácita el paciente, podrá suministrarse información a los familiares o allegados.

¹⁷² STS de 10 de mayo de 2006, Sala Civil, Sección 1ª (TOL 942.250)

Un concepto diferente del de la información es el del consentimiento, en virtud del cual el paciente acepta ser sometido a un concreto tratamiento o intervención.

La Ley 51/2002 en su artículo 8 define el consentimiento informado¹⁷³ como la conformidad libre, voluntaria y consciente de un paciente, manifestada en el pleno uso de sus facultades después de recibir la información adecuada, para que tenga lugar una actuación que afecta a su salud. El consentimiento, para ser libre, ha de ser informado, o lo que es lo mismo, el sujeto que presta su consentimiento ha de saber con exactitud a qué está consintiendo, de otro modo, podría haber vicios del consentimiento por no haber sido prestado libremente o por error.

En el ámbito de la responsabilidad patrimonial, existe obligación de soportar el daño, y por lo tanto este pierde su nota de antijuridicidad, cuando hay aceptación expresa del paciente o enfermo en el llamado consentimiento informado, puesto que la prestación sanitaria de que se trate se asume voluntariamente, y se debe soportar su posible efecto adverso. Así las sentencias del Tribunal Supremo de 19 de junio¹⁷⁴ y 1 de febrero de 2008¹⁷⁵, que señalan que el defecto de consentimiento informado se considera un incumplimiento de la *lex artis* y, por consiguiente existiría un daño

¹⁷³ Este epígrafe es deudor de las obras de GALÁN CORTÉS, J. C.: *Responsabilidad médica y consentimiento informado*, Civitas, Madrid, 2001 y PLAZA PENADÉS, J.: “La Ley 41/2002 básica sobre autonomía del paciente, información y documentación clínica”, en *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 562, 2003.

¹⁷⁴ STS de 19 de junio de 2008, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 3ª (TOL 1.335.851)

¹⁷⁵ STS de 1 de febrero de 2008, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 3ª (TOL 1.281.687)

producido por el funcionamiento anormal del servicio público, matizado en el sentido de que exista relación de causalidad entre daño y actividad sanitaria.

El consentimiento informado obvia el carácter antijurídico del daño siempre y cuando la atención sanitaria haya sido conforme a la *lex artis ad hoc* ya que la existencia de documento de consentimiento informado no puede, en ningún caso, amparar la mala *praxis*. Así, el Tribunal Supremo, en Sentencia de 7 de junio de 2001¹⁷⁶ expresó:

“La Doctrina de esta Sala, entre otras Sentencias de 3 y 10 de octubre de 2000, precisa que: "El título de imputación de la responsabilidad patrimonial por los daños o perjuicios generados por la actividad administrativa por funcionamiento normal o anormal de los servicios puede consistir no sólo en la realización de una actividad de riesgo, como parece suponer la parte recurrente, sino que también puede radicar en otras circunstancias, como es, singularmente en el ámbito de la asistencia sanitaria, el carácter inadecuado de la prestación médica llevada a cabo. Esta inadecuación, como veremos que sucede en este proceso, puede producirse no sólo por la inexistencia de consentimiento informado, sino también por incumplimiento de la *lex artis ad hoc* o por defecto, insuficiencia o falta de coordinación objetiva del servicio, de donde se desprende que, en contra de lo que parece suponer la parte recurrente, la existencia de consentimiento informado no obliga al paciente a asumir cualesquiera riesgos derivados de una prestación asistencial inadecuada".

¹⁷⁶ STS de 7 de junio de 2001, Sala de lo contencioso-Administrativo, Sección 6ª (TOL 4.919.472)

2. La forma de prestar el consentimiento

Sobre la forma de prestar el consentimiento, atendiendo al artículo 8.2 de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre: “El consentimiento será verbal por regla general. Sin embargo, se prestará por escrito en los casos siguientes: intervención quirúrgica, procedimientos diagnósticos y terapéuticos invasores y, en general, aplicación de procedimientos que suponen riesgos o inconvenientes de notoria y previsible repercusión negativa sobre la salud del paciente”.

El apartado 3 del mismo precepto legal se pronuncia en los siguientes términos: “El consentimiento escrito del paciente será necesario para cada una de las actuaciones especificadas en el punto anterior de este artículo, dejando a salvo la posibilidad de incorporar anejos y otros datos de carácter general, y tendrá información suficiente sobre el procedimiento de aplicación y sobre sus riesgos (...)”.

La jurisprudencia del Tribunal Supremo¹⁷⁷ exige que sea la Administración sanitaria quien pruebe¹⁷⁸ que proporcionó al paciente todas

¹⁷⁷ SSTs 25 abril 1994 (TOL 1.665.404); 19 abril 1999 (TOL 5.120.863); 7 marzo 2000 (TOL 1.475) y 12 enero 2001 (TOL 4.964.609)

¹⁷⁸ DE ÁNGEL YAGÜEZ, R.: *Responsabilidad civil por actos médicos. Problemas de prueba*, Madrid, Civitas, 1999

Vid. también LLAMAS POMBO, E.: “Responsabilidad médica, culpa y carga de la prueba”, en MORENO MARTÍNEZ, J. A. (coord.): *Perfiles de la responsabilidad civil en el nuevo milenio*, Madrid, Dykinson, 2000, págs. 295-319.

aquellas circunstancias relacionadas con la intervención mientras éste se halle bajo su cuidado, en virtud del principio de facilidad probatoria ya que se trata de una de sus obligaciones fundamentales en orden a determinar la suficiencia o insuficiencia de la información y consiguiente formalización del consentimiento o conformidad a la intervención.

Sin perjuicio de lo anterior, se ha admitido la prestación del consentimiento y la información suministrada al paciente de forma verbal cuando ambos se han podido constatar inequívocamente en los documentos del expediente, por ejemplo la historia clínica¹⁷⁹. Así lo admite el Tribunal Supremo en Sentencia de 27 de diciembre de 2011¹⁸⁰ (recurso de casación 2069/2008), en la que confirma la sentencia de instancia que consideró probado que “hubo información previa del consentimiento de la paciente y si bien se produjo en un documento insuficiente, puesto que <<no detalla de manera expresa las vicisitudes y circunstancias que acompañan a la intervención requerida que se pretende>>, tuvo conocimiento cierto y cabal <<de las circunstancias y complicaciones posibles, y todo tipo de vicisitudes que acompañan en este caso a una intervención de hernia discal, y que se propuso como solución al problema que la demandante sufría, y ese cabal y cierto conocimiento puede y debe deducirse no solamente del aspecto formal del documento sino de toda la evolución del tratamiento que se desplegó sobre la hoy demandante>>. La información, por su propia naturaleza, integra un procedimiento gradual y básicamente verbal que es exigible y se presta por el médico responsable del paciente (sentencias del

¹⁷⁹ ALONSO PÉREZ, M.: “La relación médico-enfermo, presupuesto de responsabilidad civil (En torno a la *lex artis*)”, en MORENO MARTÍNEZ, J. A. (coord.): *Perfiles de la responsabilidad civil en el nuevo milenio*, Madrid, Dykinson, 2000, págs. 13-53.

¹⁸⁰ STS de 27 de diciembre de 2011, Sala Civil, Sección 1ª (TOL 2.368.597)

Tribunal Supremo de 13 de octubre de 2009; 27 de septiembre de 2010; 1 de junio de 2011)''.

Es preciso recordar que el artículo 9 de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, de Autonomía del paciente y derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica, regula excepciones a la exigencia de prestar consentimiento informado, la más destacada es la prevista en situaciones de urgencia vital establecida en la letra b) del apartado 2 del citado precepto: “b) Cuando existe riesgo inmediato grave para la integridad física o psíquica del enfermo y no es posible conseguir su autorización, consultando, cuando las circunstancias lo permitan, a sus familiares o a las personas vinculadas de hecho a él”.

3. Contenido y alcance de la información

El artículo 10 de la Ley 41/2002 dispone una información básica y un contenido mínimo¹⁸¹ del documento de consentimiento informado:

“1. El facultativo proporcionará al paciente, antes de recabar su consentimiento escrito, la información básica siguiente:

a) Las consecuencias relevantes o de importancia que la intervención origina con seguridad.

b) Los riesgos relacionados con las circunstancias personales o profesionales del paciente.

c) Los riesgos probables en condiciones normales, conforme a la experiencia y al estado de la ciencia o directamente relacionados con el tipo de intervención.

d) Las contraindicaciones.

2. El médico responsable deberá ponderar en cada caso que cuanto más dudoso sea el resultado de una intervención más necesario resulta el previo consentimiento por escrito del paciente”.

El consentimiento ha de ser previo a la intervención médica sobre la que se consiente y el paciente debe ser informado de todas las cuestiones que

¹⁸¹ ASÚA GONZÁLEZ, C.: “Responsabilidad civil médica”, en Tratado de Responsabilidad Civil, Cizur Menor, Thomson Aranzadi, 2006, págs. 1153-1227.

sean relevantes. Sobre este extremo resulta de interés la Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de abril de 2005¹⁸², que admite la existencia de responsabilidad porque no se obtuvo el consentimiento de la paciente antes de practicarle la amniocentesis, considerándolo especialmente relevante en este caso, ya que no solo existía el riesgo habitual de este tipo de prueba sino que el riesgo de aborto, que se verificó, se incrementaba en el centro en que se realizó la prueba un índice hasta cinco veces superior al definido como normal en otros países y 2,5 veces superior al de otro hospital de la red hospitalaria pública española.

Por otro lado, la información ha de ser adecuada acerca de la finalidad y naturaleza de la intervención. El Tribunal Supremo, ya en la Sentencia de 4 de abril de 2000¹⁸³ exponía:

“Respecto del consentimiento informado en el ámbito de la sanidad se pone cada vez con mayor énfasis de manifiesto la importancia de los formularios específicos, puesto que sólo mediante un protocolo, amplio y comprensivo de las distintas posibilidades y alternativas, seguido con especial cuidado, puede garantizarse que se cumpla su finalidad.

El contenido concreto de la información transmitida al paciente para obtener su consentimiento puede condicionar la elección o el rechazo de una determinada terapia por razón de sus riesgos. No cabe, sin embargo, olvidar que la información excesiva puede convertir la atención clínica en

¹⁸² STS de 20 de abril de 2005, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 6ª (TOL 646.723)

¹⁸³ STS de 4 de abril de 2000, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 6ª (TOL 56.840)

desmesurada -puesto que un acto clínico es, en definitiva, la prestación de información al paciente- y en un padecimiento innecesario para el enfermo.

Es menester interpretar en términos razonables un precepto legal que, aplicado con rigidez, dificultaría el ejercicio de la función médica -no cabe excluir incluso el rechazo por el paciente de protocolos excesivamente largos o inadecuados o el entendimiento de su entrega como una agresión-, sin excluir que la información previa pueda comprender también los beneficios que deben seguirse al paciente de hacer lo que se le indica y los riesgos que cabe esperar en caso contrario”.

Posteriormente, en la Sentencia de 25 de marzo de 2010¹⁸⁴ el Alto Tribunal pareció haber cambiado su criterio al exponer que el consentimiento informado debe contener todas aquellas circunstancias relacionadas con la intervención, incluyendo diagnóstico, pronóstico y alternativas terapéuticas, con sus riesgos y beneficios, sin que quepa excluir riesgos por poco probables que puedan ser o por escasa gravedad que impliquen.

En este sentido procede subrayar que la jurisprudencia es tajante en cuanto a considerar la información insuficiente o incompleta equivalente a la falta de información. Valga por todas la Sentencia del Tribunal Supremo de 31 de mayo de 2011¹⁸⁵:

¹⁸⁴ STS de 25 de marzo de 2010, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 3ª (TOL 1.829.994)

¹⁸⁵ STS de 31 de mayo de 2011, Sala Civil, Sección 1ª (TOL 2.145.221)

“La información errónea o incompleta equivale a la falta de información y conforma una actuación médica deficiente que resulta especialmente grave no solo en aquellos casos en que la mujer se somete voluntariamente a unas pruebas encaminadas al diagnóstico de una eventual patología prenatal, por la especial situación de riesgo de la gestante, como es la amniocentesis o la biopsia corial, sino en aquellos otros que se desarrollan a partir de un control ginecológico normalizado y continuado mediante el cual es posible conocer si el feto padece enfermedades que pueden condicionar desfavorablemente su calidad de vida futura”.

4. La responsabilidad derivada del incumplimiento del deber de información en la jurisprudencia

En el tratamiento jurisprudencial de esta materia se ha producido una evolución¹⁸⁶, partiendo de la idea de que el simple incumplimiento de la obligación de informar no implicaba derecho a la indemnización si no se había producido daño corporal alguno, ha llegado a afirmarse que la ausencia de consentimiento informado constituía un daño indemnizable por suponer una vulneración de la autonomía personal del paciente.

En un principio se centró la cuestión sobre la existencia o no de nexo causal entre el daño y la falta de información: si se producía un daño pero la

¹⁸⁶ PASQUAU LIAÑO, M.: “Infracción, daño moral y atribución de riesgos. A propósito de la evolución jurisprudencial sobre la RC por falta de información al paciente”, en *Revista de la Asociación de Abogados Especializados en Responsabilidad Civil y Seguros*, núm. 43, 2012, págs. 9-20.

actuación médica había sido correcta, el daño era una consecuencia posible de la atención médica y no se consideraba que procediera indemnizar.

Posteriormente se consideró que la prestación de información suficiente y adecuada, así como la obtención del consentimiento del paciente, eran aspectos integrantes de la *lex artis*, por lo que si alguno de ellos no concurría podía entenderse que se había producido una quiebra de la *lex artis* y por lo tanto procedía indemnizar. En definitiva, se aplica la teoría del desplazamiento del riesgo. Ello implicaba hacer depender el derecho a ser resarcido, no de si la actuación médica había sido realmente correcta y diligente, sino del incumplimiento de un deber como es el de facilitar información y recabar el consentimiento. En definitiva, una suerte de daños punitivos, que, como ha quedado expresado en la primera parte de la tesis, no son admitidos en nuestro ordenamiento jurídico.

También se siguió el criterio de valorar las posibilidades de que el paciente hubiera consentido o no si hubiera sido adecuadamente informado.

Para XIOL RÍOS¹⁸⁷ la Sentencia del Tribunal Supremo de 4 de abril de 2000¹⁸⁸ marcó un hito en la evolución jurisprudencia en materia de responsabilidad patrimonial. Se trataba de una cirugía de médula ósea en la que se había actuado de conformidad con la *lex artis*, pese a lo cual había sobrevenido uno de los riesgos típicos de ese tipo de cirugía dando como resultado una paraplejía. En la instancia se había considerado probado que

¹⁸⁷ XIOL RÍOS, J. A.: “El consentimiento informado”, en *Revista Española de la Función Consultiva* núm. 16, 2011, págs. 145 y 146.

¹⁸⁸ STS de 4 de abril de 2000, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 6ª (TOL 1.716.583)

la cirugía era necesaria, imprescindible, para solucionar una estenosis de aorta que, indefectiblemente, habría terminado precisamente en paraplejía. También estaba probado que no había consentimiento informado. El Supremo decidió que procedía indemnizar, no el daño corporal, la paraplejía, puesto que la cirugía estaba indicada y había sido llevada a efecto con corrección y diligencia, sino el daño moral consistente en el atentado a su dignidad que suponía no haber sido informado ni haber consentido en la cirugía con pleno conocimiento de que la misma podría producir precisamente la situación de paraplejía que se quería evitar.

Lo cierto es que las resoluciones dictadas por ausencia de consentimiento informado resultan de lo más dispar: a veces se considera relevante que el reclamante haya sufrido un daño corporal, otras no; en ocasiones se indemniza el daño físico además del daño moral, otras veces solo el daño moral.

4.1 No concurrencia de daño corporal

Hasta 2005 se consideraba que solo en el caso de concurrencia con un daño corporal la ausencia de consentimiento informado daba derecho a indemnizar, pero desde dicho año la jurisprudencia ha venido considerando, con diferentes matices, que la falta de consentimiento o de información constituye por sí misma un daño, que en unas ocasiones considera indemnizable y en otras, no.

En la Sentencia de 9 de mayo de 2005¹⁸⁹ el Tribunal Supremo resuelve el recurso de casación presentado por la interesada contra la sentencia de la Audiencia Nacional que desestimó su derecho a ser indemnizada por no haber sido informada de que la ligadura de trompas a la que se sometió podía resultar ineficaz, como así fue, dando lugar a una gestación. La reclamante había sufrido una grave patología oftalmológica a causa de su último embarazo y por ello decidió someterse a la ligadura. El fallo de ésta y el embarazo no deseado generaron en la paciente una sensación de ansiedad derivada no solo del estado de ingravidez de la interesada sino también del riesgo de reproducir su enfermedad visual, por ello el Tribunal Supremo considera que concurre un daño moral susceptible de ser indemnizado.

En la Sentencia de 20 de abril de 2005¹⁹⁰ se resuelve un caso por aborto ocurrido cuatro días después de la práctica de una amniocentesis. La Sala de instancia consideró que no había relación de causalidad acreditada en virtud del tiempo transcurrido. La interesada invocaba también la ausencia de consentimiento informado para someterse a la prueba y que no fue informada del riesgo de aborto.

El Tribunal Supremo considera que la falta de consentimiento informado constituye una vulneración de la *lex artis* pero añade que ello no puede por sí solo dar lugar a responsabilidad si del acto médico no se deriva daño alguno. En el concreto caso, no obstante, estima el recurso por entender que la recurrente sufrió el daño consistente en el fallecimiento del hijo que

¹⁸⁹ STS de 9 de mayo de 2005, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 3ª (TOL 657.106)

¹⁹⁰ STS de 20 de abril de 2005, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 6ª (TOL 646.723)

esperaba en la semana quince de gestación, a consecuencia de la mala praxis médica practicada por no haber sido previamente informada a efectos de obtener su consentimiento y optar por la realización o no de la prueba, valorando el riesgo que ello suponía y que reconoce la sentencia recurrida.

En el presente caso se toma también en consideración por el Alto Tribunal que la prueba a la que se sometió la recurrente podía considerarse como medicina satisfactiva y no curativa, por lo que la exigencia en cuanto al deber de información es más estricta, como más adelante se estudiará.

El Tribunal Superior de Justicia de Cataluña en Sentencia de 17 de enero de 2011¹⁹¹ considera indemnizable la falta de información a una paciente a la que se intervino mediante laparoscopia consentida para averiguar las posibles causas de su infertilidad. En el curso de la cirugía se extirparon unas adherencias, operación para la que la interesada no había prestado su consentimiento, pero que no le supuso repercusión negativa alguna en su salud. En este sentido se indica que:

“No cabe la menor duda de que el consentimiento no abarcaba la decisión que adoptó el cirujano ginecólogo de eliminar las adherencias. Fue pues el equipo que intervino a la paciente el que asumió el riesgo de la intervención y no la paciente, que es quien tiene el derecho a decidir una vez se le haya ofrecido plena información. Desde luego que mantener que la laparotomía se había programado unos meses antes (porque no era urgente) y que la paciente había "pogut aclarir els dubtes que he tingut en llegir i/o escoltar la informació específica" (y tampoco consta documento adjunto u

¹⁹¹ STSJ Cataluña de 17 de enero de 2011, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 4ª (TOL 2.093.252)

otra prueba sobre la misma), en modo alguno justifica la suficiente información, como derecho, pues ante la existencia de unas adherencias desconocidas tanto para los médicos como para la paciente y, por consiguiente no previsibles, difícilmente la paciente podía formular duda alguna. Y es que la eliminación de dichas adherencias no era urgente ni necesaria a los efectos de la intervención. No se estaba ante una intervención de vida o muerte, sino ante la práctica de una prueba de diagnóstico con el fin de averiguar la causa de la imposibilidad de concebir un hijo de forma natural”.

Y añade:

“En definitiva, para los profesionales sanitarios constituye una obligación imperativa salvo en los casos de extrema gravedad previstos en la ley que eximen, por razones obvias, de tal información) y los pacientes tienen un derecho a recibirla a fin de decidir si se someten o no a la técnica escogida. Y a la vista de los folios 17 o 190 del EA, según se prefiera y, a falta de otra prueba complementaria y concluyente, hemos de coincidir con la Sentencia de instancia de que a la paciente no se le respetó este derecho”.

CABEZUELO ARENAS¹⁹² menciona un caso muy anterior a la existencia de los textos legales que hoy imponen el deber de informar al paciente y de obtener su consentimiento para someterse a cualquier tratamiento médico. Se trata de la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Penal, de 10 de marzo de 1959 (RJ 831 –referencia dada por la autora-) por la que se condena por imprudencia temeraria al médico que amputó el

¹⁹² CABEZUELO ARENAS, A. L.: “El consentimiento presunto o autorización de paciente inferida de otras intervenciones anteriores”, en *Derecho Privado y Constitución*, núm. 27, 2013, págs. 142 y 143.

miembro viril del paciente ante la sospecha de la existencia de una masa tumoral que, a juicio del facultativo, podría ser manifestación de un sarcoma de pene. El paciente no había manifestado molestia alguna, aunque existía el antecedente de una cirugía de hernia inguinal. El Tribunal Supremo reprocha la decisión adoptada por el médico sin la realización de prueba diagnóstica alguna, como podía haber sido una biopsia y toma en consideración que el sarcoma de pene es una enfermedad rara. El Alto Tribunal entiende que la extirpación realizada no era un riesgo propio de la intervención, ni un caso de urgencia vital que no hubiera podido esperar a la confirmación diagnóstica de la sospecha. Y, en relación con la cuestión relativa a la prestación de consentimiento por parte del paciente en un momento tan temprano (1959), añade que se debió posponer la amputación hasta: “efectuar las comprobaciones necesarias de que disponga la Ciencia médica, contar con la autorización expresa de la persona interesada mayor de edad y en la plenitud de juicio, como dueña de su integridad corporal, e incluso recabar el concurso de otros facultativos en busca de garantía de acierto”; añadiendo que tampoco se buscó ni obtuvo “de sus familiares, mujer o hermano, que sabían que se encontraban en ese momento en la mencionada residencia, el correspondiente consentimiento o autorización para la amputación de un miembro tan importante del cuerpo humano (...)”.

4.2 Concurrencia de daño corporal

Ante una ausencia de información o una información inadecuada suministrada al paciente, si sobreviene un daño físico, corporal, a

consecuencia de un acto médico, la existencia de responsabilidad patrimonial depende de dos factores:

- Si se cumplieron los parámetros de la *lex artis*.
- Si existe nexo causal entre el déficit de información y el daño acaecido¹⁹³.

Como ya hemos expuesto anteriormente, el consentimiento informado no ampara la mala praxis, por lo que, en caso de que se haya producido una vulneración de la *lex artis* y ello ha generado un daño no cabe duda de la procedencia de la indemnización.

En el caso de que, sin embargo, se haya cumplido con la *lex artis* y la actuación médica haya sido diligente y correcta, pero pese a ello, ha sobrevenido una complicación que ha producido un daño y además no había consentimiento informado, la procedencia de la indemnización en este caso dependerá de si el daño acaecido está vinculado causalmente o no con la falta de información y de consentimiento¹⁹⁴.

¹⁹³ DE ÁNGEL YAGÜEZ, R.: “Consentimiento informado: algunas reflexiones sobre la relación de causalidad y el daño”, *II Congreso de la Asociación de Abogados Especializados en Responsabilidad Civil y Seguro*, Granada, 2002. (<http://www.jus.unitn.it/cardoza/Review/2006/Yaguez.pdf>)

¹⁹⁴ GALÁN CORTES, J. C.: “Consentimiento informado y nexo causal en la jurisprudencia”, en *Actualidad Jurídica Aranzadi*, 2006, págs. 8-12. Vid. también DÍAZ REGAÑÓN GARCÍA ALCALÁ, C.: *Responsabilidad objetiva y nexo causal en el ámbito sanitario*, Granada, Comares, 2006.

4.2.a) Si no existe nexo causal entre la falta de consentimiento informado y el daño sufrido por el paciente

Para esos casos no existe derecho a la indemnización, puesto que la ausencia de consentimiento no es la causa del daño, por lo que no debe responderse por él, así lo indicó el Tribunal Supremo en su Sentencia de 16 de mayo de 2005¹⁹⁵ en la que se desestima, por incongruencia, el recurso de una reclamante que había padecido pérdida de útero y de la visión del ojo izquierdo a consecuencia de complicaciones en el parto, pero no a causa de la falta de consentimiento informado.

4.2.b) Si la falta de información y consentimiento es causa del daño

La ausencia de información puede ser causa del daño directamente, así en la Sentencia de 22 de junio de 2005¹⁹⁶ el Tribunal Supremo casa y anula la Sentencia de la Audiencia Nacional que desestimaba el recurso y considera que la falta de consentimiento informado genera un daño consistente en el riesgo de insuficiencia renal a que se sometió a una paciente con patologías previas que agravaban dicho riesgo (hipertensión, diabetes mellitus, e insuficiencia cardíaca), el cual se verificó y ocasionó el fallecimiento de la paciente. Así, expone: “Esa creación de una situación de grave riesgo, decimos, es indemnizable al constituir un daño en sí misma con independencia de que no se estime acreditado el nexo causal entre la

¹⁹⁵ STS de 16 de mayo de 2005, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 6ª (TOL 675.380)

¹⁹⁶ STS de 22 de junio de 2005, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 6ª (TOL 698.318)

citada prueba médica y el resultado de muerte, tal y como, repetimos, sostiene la sentencia recurrida sin que la recurrente en casación lo combata”.

Pero la ausencia de consentimiento informado también puede ser causa indirecta del daño, un ejemplo sería el resuelto en la Sentencia de 20 de abril de 2005¹⁹⁷, citada más arriba, en el que no se suministró a la paciente información sobre el riesgo de aborto inherente a la práctica de la amniocentesis y dicho aborto se produjo.

4.2.c) Diferencia de criterio para la medicina asistencial y la medicina opcional

Estamos ante la conocida distinción entre medicina curativa y medicina satisfactiva en cuya virtud la medicina curativa o asistencial es aquella que resulta necesaria para la curación del paciente, en tanto que la medicina satisfactiva u opcional es la que puede favorecer la situación del paciente, pero no es imprescindible para su curación, por lo que el afectado podría no someterse a ella.

La observancia del deber de información es más rigurosa en la medicina optativa, como expone GALÁN CORTÉS¹⁹⁸ “dado que se actúa sobre un cuerpo sano, en principio, la presunción sería que nadie consentiría empeorar su situación de salud a no ser que conste expresamente la asunción de riesgo por el paciente”.

¹⁹⁷ STS de 20 de abril de 2005, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 6ª (TOL 646.723)

¹⁹⁸ GALÁN CORTÉS, J. C.: *Responsabilidad médica y consentimiento informado*, Civitas, Madrid, 2001, pág. 267.

El criterio del Tribunal Supremo, expresado, entre otras, en la Sentencia de 9 de mayo de 2005 es, efectivamente, que el deber de información es mayor en la medicina optativa:

“ En la medicina satisfactiva los perfiles con que se presenta la prueba del consentimiento adquieren peculiar relieve en la medida en que esta medicina es por definición voluntaria, de tal suerte que será menester tener en cuenta las características del acto de petición de la actividad médica, el cual por sí mismo, y atendidas sus circunstancias, puede aportar elementos que contribuyan a la justificación de la existencia de consentimiento en sí mismo, cosa que no ocurre en la medicina asistencial, especialmente en los supuestos de existencia de grave riesgo para la salud, en los que cabe presumir que la iniciativa de la prestación médica y del carácter de la misma corresponde de modo exclusivo o preponderante a los servicios médicos, pues responde a una situación de necesidad no dependiente de la voluntad del paciente. Mas esto no minora la exigencia de mayor rigor en el deber de información en la medicina satisfactiva, aun cuando éste se proyecta, más que sobre la intervención en sí, sobre el resultado perseguido y el riesgo de no obtenerlo, pues la petición de asistencia médica, que puede ser suficiente para justificar la existencia de consentimiento en cuanto al hecho de la intervención, no lo es en cuanto al conocimiento de sus resultados y riesgos. A ello se añade, finalmente, la consideración de que cuando la propuesta de la intervención encaminada a lograr un determinado resultado procede de los propios servicios médicos, especialmente si estos están integrados en la red pública de salud, la asunción de la iniciativa acentúa, si cabe, el deber de información.”

Cuando la actuación médica es necesaria para la curación del enfermo u otros aspectos esenciales, como mantener la calidad de vida o sustituir otros tratamientos que se han demostrado ineficaces, la información ha de suministrarse de forma completa y con las exigencias recogidas en el artículo 8.2 de la Ley 41/2002.

CABEZUELO ARENAS¹⁹⁹ contempla algunos casos de medicina satisfactiva en los que no se dio consentimiento informado y que en vía jurisdiccional trataron de hacerse pasar por casos de medicina curativa, precisamente por la existencia de una mayor flexibilidad ante la ausencia de consentimiento.

Así, la autora menciona una Sentencia de la Audiencia Provincial de Las Palmas de 1 de junio de 2009 (AC 2009/1430) en la que se resuelve el caso de una paciente sometida a reducción y elevación mamaria sin que fuera advertida del riesgo de pérdida del pezón por necrosis, lo que ocurrió. Ante ello, el médico trató de transformar la motivación de la cirugía, puramente estética, en una cirugía cuya finalidad era solventar las molestias de espalda que padecía la paciente, extremo que no fue admitido por la Sala ya que no constaba en la historia clínica que la paciente hubiera solicitado la resolución de tales molestias, por más que las hubiera mencionado.

Otro caso mencionado por la autora es el de la Sentencia de la Audiencia Provincial de Alicante de 18 de junio de 2001 (AC 2002/41) en el que la ausencia de consentimiento informado en una cirugía de implantes en el pene del paciente trató de justificarse como medicina curativa de la

¹⁹⁹ CABEZUELO ARENAS, A. L.: “El consentimiento presunto o autorización de paciente inferida de otras intervenciones anteriores”, en *Derecho Privado y Constitución*, núm. 27, 2013, págs. 130 y 131.

impotencia sufrida por el perjudicado, la cual no se consideró probada ante la ausencia de datos y pruebas al respecto en la historia clínica.

5 La Sentencia del Tribunal Constitucional (STC) 37/2011, de 28 de marzo²⁰⁰

El Juzgado de Primera Instancia de Bilbao y la Audiencia Provincial de Vizcaya desestimaron la demanda de responsabilidad civil formulada contra la aseguradora de los médicos que practicaron al interesado un cateterismo a resultas del cual perdió la funcionalidad de la mano derecha. Tanto el Juzgado como la Audiencia consideraron que había sobrevenido un riesgo típico de la técnica llevada a cabo y que se había cumplido adecuadamente con los parámetros de la *lex artis*. Ambos órganos jurisdiccionales, por otra parte, consideraron probado que el paciente no había sido informado sobre los riesgos del cateterismo ni se había recabado su consentimiento, hecho sobre el que el Juzgado entendió que el paciente ya conocía los riesgos por haberse sometido a la misma técnica médica unos años antes.

El Tribunal Constitucional estimó el amparo solicitado, por entender que los jueces ordinarios habían efectuado una interpretación restrictiva del derecho fundamental reconocido en el artículo 15 CE en su vertiente de derecho a la integridad física y moral.

²⁰⁰ STC 37/2011, de 28 de marzo, Sala Segunda (TOL 2.084.764)

Un comentario sintético de esta Sentencia en XIOL RÍOS, J. A. y BASTIDA FREIJEDO, F. J.: *Autonomía del paciente, responsabilidad patrimonial y derechos fundamentales*, Madrid, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, 2012, págs. 192-195.

En realidad, por más que la Sentencia se considere novedosa por sus posibles repercusiones sobre la responsabilidad patrimonial de la Administración y sobre la responsabilidad civil de médicos y centros sanitarios pertenecientes al ámbito de la medicina privada, lo cierto es que el Tribunal Constitucional reitera de forma expresa pronunciamientos anteriores en los que, sin embargo, no existía conexión tan evidente con una posible exigencia de responsabilidad.

En efecto, el Tribunal Constitucional expresa:

“El derecho del art. 15 CE protege, según doctrina reiterada de este Tribunal (recopilada, entre otras, en las SSTC220/2005, de 12 de septiembre, FJ 4, y 160/2007, de 2 de julio, FJ 2), "la inviolabilidad de la persona, no sólo contra ataques dirigidos a lesionar su cuerpo o espíritu, sino también contra toda clase de intervención en esos bienes que carezca del consentimiento de su titular" (SSTC 120/1990, de 27 de junio, FJ 8, y 119/2001, de 24 de mayo, FJ 5). Estos derechos, destinados a proteger la "incolumidad corporal" (STC 207/1996, de 16 de diciembre, FJ 2), "han adquirido también una dimensión positiva en relación con el libre desarrollo de la personalidad", orientada a su plena efectividad, razón por la que "se hace imprescindible asegurar su protección no sólo frente a las injerencias ya mencionadas, sino también frente a los riesgos que puedan surgir en una sociedad tecnológicamente avanzada" (STC 119/2001, de 24 de mayo, FJ 5). De ahí que para poder apreciar la vulneración del art. 15 CE no sea preciso que la lesión de la integridad se haya consumado, sino que basta con que exista un riesgo relevante de que la lesión pueda llegar a producirse (STC221/2002, de 25 de noviembre, FJ 4). Además de ello, hemos afirmado

que el derecho a que no se dañe o perjudique la salud personal queda también comprendido en el derecho a la integridad personal (STC 35/1996, de 11 de marzo, FJ 3), aunque no todo supuesto de riesgo o daño para la salud implique una vulneración del derecho fundamental, sino tan sólo aquél que genere un peligro grave y cierto para la misma (SSTC 119/2001, de 24 de mayo, FJ 6, y 5/2002, de 14 de enero, FJ 4).

Este derecho fundamental conlleva una facultad negativa, que implica la imposición de un deber de abstención de actuaciones médicas salvo que se encuentren constitucionalmente justificadas, y, asimismo, una facultad de oposición a la asistencia médica, en ejercicio de un derecho de autodeterminación que tiene por objeto el propio sustrato corporal, como distinto del derecho a la salud o a la vida (STC 154/2002, de 18 de julio, FJ 9). Por esa razón, hemos afirmado que el derecho a la integridad física y moral resultará afectado cuando se imponga a una persona asistencia médica en contra de su voluntad, que puede venir determinada por los más variados móviles y no sólo por el de morir y, por consiguiente, esa asistencia médica coactiva constituirá limitación vulneradora del derecho fundamental a la integridad física, a no ser que, como hemos señalado, tenga una justificación constitucional (SSTC 120/1990, de 27 de junio, FJ 8, y 137/1990, de 19 de julio, FJ 6)”.

En lo relativo al caso concreto, el Tribunal Constitucional manifiesta que el documento de consentimiento informado constituye una garantía para la efectividad del derecho a la autonomía personal del paciente, circunstancia que determina que le alcance la relevancia constitucional suficiente como para poder considerar que su omisión, insuficiencia o

defecto, pueden por sí solos suponer una vulneración del derecho fundamental a la integridad física y moral y, puesto que en el caso objeto de recurso de amparo quedaba probado que no se había satisfecho el derecho del interesado a prestar consentimiento, se había producido una lesión en su derecho a la integridad física y moral.

Como es lógico, el Tribunal Constitucional no se pronuncia sobre la procedencia o no de indemnización, cuestión que corresponde al juez ordinario, tan solo reconoce la vulneración del derecho a la integridad física y moral por ausencia de consentimiento informado.

En la doctrina la citada Sentencia del Tribunal Constitucional ha originado variedad de interpretaciones: desde quienes consideran que toda omisión de información y consentimiento da lugar a un daño moral que es indemnizable²⁰¹ hasta quienes entienden que la vulneración de un derecho fundamental por sí sola no da derecho a indemnizar si no concurren los demás requisitos necesarios para que se de la existencia de responsabilidad patrimonial de la Administración²⁰².

Destacamos la opinión expresada por PASQUAU LIAÑO²⁰³ en tanto en cuanto es la más ajustada al criterio de la autora de la tesis. Considera este

²⁰¹ CABEZUELO ARENAS, A. L.: “El consentimiento presunto o autorización de paciente inferida de otras intervenciones anteriores”, en *Derecho Privado y Constitución*, núm. 27, 2013.

²⁰² XIOL RÍOS, J. A.: “El consentimiento informado”, en *Revista Española de la Función Consultiva* núm. 16, 2011.

²⁰³ PASQUAU LIAÑO, M.: “Infracción, daño moral y atribución de riesgos. A propósito de la evolución jurisprudencial sobre la RC por falta de información al paciente”, en *Revista de la Asociación de Abogados Especializados en Responsabilidad Civil y Seguros*, núm. 43, 2012, págs. 9-20.

autor que solo existirá responsabilidad y, por ende, derecho a ser indemnizado, cuando pueda razonablemente determinarse que el paciente, si hubiera contado con una información adecuada, se habría colocado al menos en un “conflicto de decisión”, es decir, la información tendría que tener una relevancia tal que el sujeto habría tenido que valorar la posibilidad de elegir entre dos o más alternativas razonables.

Por otro lado, si la información omitida no incluye aspectos que realmente hubieran podido determinar una reflexión en el paciente, no procedería indemnizar.

Pero si la información no suministrada incluye aspectos sobre riesgos y ventajas del tratamiento médico y cualquiera de los riesgos posibles se verifica, habiéndose hurtado al paciente la posibilidad de decidir voluntariamente con información adecuada y suficiente sobre la posibilidad de someterse o no al tratamiento, entonces procede una indemnización que incluya no solo el daño moral derivado de la vulneración del derecho a la autonomía personal del individuo, sino también el daño corporal acaecido, pues “nadie tiene competencia para decidir que un tercero se sobreexponga a riesgos relevantes sin responder en caso de que los mismo acaezcan”.

PASQUAU LIAÑO²⁰⁴ entiende así que la omisión del deber de informar “es la razón jurídica que permite extender la imputación de la

²⁰⁴ PASQUAU LIAÑO, M.: “Infracción, daño moral y atribución de riesgos. A propósito de la evolución jurisprudencial sobre la RC por falta de información al paciente”, en *Revista de la Asociación de Abogados Especializados en Responsabilidad Civil y Seguros*, núm. 43, 2012, págs. 9-20.

responsabilidad a los daños producidos no solo por negligencia, sino también por caso fortuito”.

Poco tiempo después de la STC 37/2011, de 28 de marzo, el Tribunal Supremo dictó la Sentencia de 13 de mayo de 2011²⁰⁵ en la que expresa, en definitiva, que aunque no concurra daño corporal, la intervención quirúrgica efectuada sin el previo consentimiento informado da derecho a una indemnización por daño moral. Se trata del caso de una paciente con una patología de rodilla que se somete a cirugía de menisco durante la cual se aprecia que el menisco no estaba afectado por lo que se decidió un abordaje quirúrgico diferente consistente en seccionar y extraer la plica medial. La paciente no mejoró de su dolencia y tampoco queda probado que empeorase. El Juzgado de Primera Instancia y la Audiencia Provincial de Madrid desestimaron la demanda de 180.000 euros por considerar que no se había acreditado relación de causalidad entre la intervención quirúrgica y la patología de la enferma, por lo que, si bien no existió documento de consentimiento informado suscrito por la paciente, dicha circunstancia no produjo daño alguno.

El Tribunal Supremo casó la Sentencia de la Audiencia en los siguientes términos:

“Se trata de una intervención que en ningún caso debió realizarse sin antes comprobar que el paciente había sido previamente informado y que le ha generado un daño por el que debe ser indemnizado. No es el daño que resulta de la intervención programada, puesto que no se produjo, sino el daño que resulta de la que sí se llevó a cabo con la que no solo no logró

²⁰⁵ STS de 13 de mayo de 2011, Sala Civil, Sección 1ª (TOL 2.182.368)

mejorar sus dolencias en la rodilla, sino que se le privó de conocer los riesgos y beneficios posibles para su salud, puesto que ninguna información hubo respecto de una actuación médica que desconocía (...) La falta de información configura en este caso un daño moral grave, al margen de la corrección con que se llevó a cabo la intervención, puesto que ningún daño corporal se produjo (...) Un daño que fundamenta la responsabilidad por lesión del derecho a la autonomía del paciente respecto de los bienes básicos de su persona, como presupuesto esencial para poder decidir libremente sobre la solución más conveniente a su salud, a su integridad física y psíquica y a su dignidad”.

Lo que no parece considerar esta Sentencia es la lesión corporal que se produjo y que no fue otra que la cirugía no consentida.

Poco después, el 20 de mayo de 2011²⁰⁶ el mismo Tribunal Supremo, las mismas Sala y Sección e, incluso, el mismo magistrado ponente (SEIJAS QUINTANA) dictaron otra Sentencia en la que se concluye que “la denuncia por información deficiente resulta civilmente intranscendente cuando no existe ningún daño vinculado a su omisión o a la propia intervención médica, es decir, no genera responsabilidad civil”.

En conclusión, podemos afirmar que el incumplimiento del deber de informar al paciente y recabar su consentimiento supone una vulneración del derecho a la integridad física y moral, pero ello no implica que se produzca necesariamente derecho a indemnización por daño moral, sino que habría que atender a otros criterios, especialmente al examen de la

²⁰⁶ STS de 20 de mayo de 2011, Sala Civil, Sección 1ª (TOL 2.129.823)

probabilidad de que el paciente hubiera dado su consentimiento si hubiera sido informado.

6 El criterio de los órganos consultivos

Al igual que en el ámbito jurisdiccional, los criterios indemnizatorios seguidos por los órganos consultivos estatal y autonómicos distan de ser uniformes. Un baremo sanitario acabaría con esta falta de uniformidad y la inseguridad y desigualdad que implica.

El Consejo Consultivo de Andalucía²⁰⁷ dictamina la reclamación de un hombre por el fallecimiento de su esposa a causa de un derrame cerebral acaecido tras una intervención quirúrgica de estenosis de la carótida izquierda. De acuerdo con los informes médicos obrantes en el expediente, la cirugía estaba indicada y el tratamiento antiagregante plaquetario prescrito era correcto, pese a lo cual se produjeron complicaciones propias de la técnica utilizada pero no imputables a una mala praxis.

El interesado invocaba también la ausencia de consentimiento para dicha cirugía y, en efecto, en la historia clínica hay constancia del documento de consentimiento informado para anestesia, pero no para la intervención efectuada –tromboendarterectomía carotídea–.

²⁰⁷ Dictamen del Consejo Consultivo de Andalucía 848/2010, de 20 de diciembre (<http://www.ccandalucia.es>, número marginal: II.678).

El Consejo Consultivo toma en consideración que el riesgo de muerte para este tipo de intervención es de 1 por ciento y que la morbilidad post operatoria se vincula a accidentes isquémicos transitorios o hemiplejías del lado contrario a la cirugía, que se presentan pocos días después de la intervención. En estas circunstancias parece claro que el consentimiento informado permite realizar una evaluación de los riesgos y el beneficio de este tipo de cirugía e incluso optar por un tratamiento diferente.

El centro médico pretende hacer valer la existencia de información verbal, pero ello solo aseguraría la existencia de información, no de consentimiento, por lo que la omisión de dicho consentimiento se considera un daño autónomo susceptible de ser indemnizado.

A la hora de hacer la valoración de dicho daño, aludiendo a la dificultad de valorar el daño moral se decide reconocer una indemnización de 5.000 euros con la única motivación de atender a “las especiales circunstancias apuntadas”.

Es decir, la ausencia de consentimiento informado se identifica con un daño moral que se valora a tanto alzado y sin apenas motivación.

En otro caso, también el Consejo Consultivo de Andalucía²⁰⁸ dictaminó sobre la reclamación de una mujer que se había sometido a una cirugía en el pie que le provocó una lesión neuronal, riesgo del que no se le informó. Los informes médicos obrantes en el expediente atribuyen la lesión de la

²⁰⁸ Dictamen del Consejo Consultivo de Andalucía 580/2009, de 15 de septiembre (<http://www.ccandalucia.es>, número marginal: II.544).

paciente a una evolución de su patología de base -metatarsalgia- y afirman que la posibilidad de que el resultado quirúrgico sea pobre o ineficaz se contempla en el documento de consentimiento informado. Ello no obstante, lo cierto es que no consta la existencia de tal consentimiento informado suscrito por la paciente, por lo que, aun admitiendo que la limitación morfofuncional del pie su hubiera producido en todo caso, la privación de la posibilidad de elegir algún tratamiento alternativo merece la consideración de daño indemnizable en la cantidad de 10.000 euros, frente a los 300.000 euros solicitados por la interesada.

Como puede observarse, en este caso se vincula la omisión del consentimiento informado con la pérdida de oportunidad de haber recibido un tratamiento diferente, pese a considerar que el daño corporal era inevitable como evolución de la patología de base de la paciente. La cuantificación de dicha pérdida de oportunidad carece de motivación alguna.

En el caso de una mujer que sufrió un corte en el dedo índice de la mano izquierda, que requirió dos cirugías tras las cuales el dedo quedó anquilosado y casi sin movilidad, no habiendo sido informada la paciente de esta posibilidad, el Consejo Consultivo de Castilla y León²⁰⁹ considera que, si bien no se aprecia actuación incorrecta por parte de los profesionales sanitarios, las secuelas son consecuencia de la cirugía, por lo que es pertinente el hecho de que la Administración no haya podido probar que la reclamante prestó consentimiento para ambas cirugías. Ello constituye por sí solo mala praxis, mas no de tal relevancia que pueda determinar la

²⁰⁹ Dictamen del Consejo Consultivo de Castilla y León 209/2009, de 21 de abril de 2009 (<http://www.cccyl.es/es/dictamenes>).

existencia de responsabilidad patrimonial, por lo tanto, en el caso objeto de dictamen el órgano consultivo entiende que el daño lo constituyen las secuelas de la mala evolución de la intervención –que se hubieran producido igualmente, máxime considerando que la cirugía se efectuó correctamente-. Pese a esta sorprendente identificación del daño, a reglón seguido se afirma no considerar adecuada la cuantía indemnizatoria solicitada por la reclamante -25.780, 52 euros por 249 días de baja impeditiva más las secuelas y el 10 por ciento del factor de corrección, conforme al baremo de tráfico- ya que el resarcimiento ha de alcanzar tan solo a las secuelas de las que no fue informada y no a los días de baja, por ello se propone la determinación de la cuantía de la indemnización en un expediente contradictorio con la interesada, lo cual no se ajusta, a lo previsto en el Real Decreto 429/1993, de 26 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento de los procedimientos de las Administraciones públicas en materia de responsabilidad patrimonial, cuyo artículo 12 preceptúa un pronunciamiento del órgano consultivo sobre “la valoración del daño causado y la cuantía y modo de la indemnización”.

También se remite a un expediente contradictorio posterior al dictamen el Consejo Consultivo de Andalucía²¹⁰, en un caso de falta de consentimiento informado sobre un cateterismo cardíaco que ocasionó a la paciente tetraplejía y afasia, dos posibles complicaciones propias de la técnica seguida en un porcentaje entre un 0,1 y un 2,5 por ciento de los casos.

²¹⁰ Dictamen del Consejo Consultivo de Andalucía 432/2008, de 23 de julio (<http://www.ccandalucia.es>, número marginal: II.389).

El Consejo Consultivo de Castilla-La Mancha²¹¹ aplica el baremo de tráfico para fijar la indemnización del marido de una mujer fallecida por meningitis contraída con ocasión de una prueba de contraste en la médula espinal. En los informes médicos del expediente se hace constar que la aracnoiditis o meningitis está entre las complicaciones generales de la prueba, pese a lo cual no constaba como tal en el documento de consentimiento informado suscrito por la paciente.

Como hemos visto, los criterios de los órganos consultivos son heterogéneos a la hora de calcular el importe de la indemnización: en ocasiones se indemniza la falta de consentimiento informado como daño autónomo, equiparándolo a daño moral y fijando la cuantía a tanto alzado; en otras ocasiones se indemniza el daño corporal acaecido, a pesar de que hubiera tenido lugar igualmente aunque se hubiera consentido el acto médico; también encontramos casos en los que la determinación del *quantum* indemnizatorio se difiere a la tramitación posterior de un expediente contradictorio y, en fin ,también hay casos en los que se indemniza aplicando analógicamente el baremo de tráfico para el daño corporal concurrente. Esta amplia variedad de interpretaciones posibles pone de manifiesto la pertinencia y necesidad de elaborar un baremo sanitario.

²¹¹ Dictamen del Consejo Consultivo de Castilla- La Mancha 25/2009, de 25 de febrero (<http://consultivo.jccm.es>)

CAPÍTULO II. PÉRDIDA DE OPORTUNIDAD

1. Concepto

La teoría de la pérdida de oportunidad²¹² en el ámbito sanitario ha implicado un retraso de diagnóstico y/o de tratamiento que obvia la probabilidad de haber obtenido un resultado distinto y mejor. En estos supuestos, la responsabilidad ha de ser proporcional a la probabilidad, al igual que la indemnización.

La pérdida de oportunidad en nuestro ordenamiento jurídico es un concepto de asunción jurisprudencial cuyo origen, también jurisprudencial, surgió en Estados Unidos y en Francia.

Como expresa MEDINA ALCOZ²¹³, en el ámbito europeo el concepto se entiende de forma más amplia, reconociendo la existencia de daños de carácter personal y patrimonial. Por el contrario, en Estados Unidos su aplicación es más restrictiva al ceñirse a los daños personales producidos en el ámbito sanitario.

²¹² En este tema es esencial la obra de MEDINA ALCOZ, L.: *La teoría de la pérdida de oportunidad. Estudio doctrinal y jurisprudencial del Derecho de daños público y privado*. Cizur Menor, Thomson Civitas, 2007, a quien sigo en este capítulo.

²¹³ MEDINA ALCOZ, L: “Hacia una nueva teoría general de la causalidad en la responsabilidad civil contractual (y extracontractual): la doctrina de la pérdida de oportunidades”, en *Revista de responsabilidad civil y seguro*, núm. 30 segundo semestre año 2009, págs.38 y ss.

En el ordenamiento jurídico español, la legislación exige una relación de causalidad probada de forma indubitada, si bien este es un aspecto que se ha suavizado en la interpretación jurisprudencial, que admite una causalidad probable. Así, precisamente a través de la teoría de la pérdida de oportunidad, se viene a sustituir la exigencia del nexo causal cierto por un nexo causal probable.

1.1. Vertientes de la pérdida de oportunidad

La pérdida de oportunidad en el ámbito de la asistencia sanitaria se divide en dos vertientes claramente diferentes:

Por un lado, la omisión de tratamiento o retraso en el diagnóstico, a resultas del cual el paciente pierde la oportunidad de mejorar su salud, su calidad de vida o, incluso, su expectativa de vida.

Por otro lado, un defecto de información sobre las alternativas de tratamiento, el cual podría determinar que el paciente perdiera la oportunidad de decidir bien sobre si quiere o no someterse al tratamiento médico, bien sobre si prefiere un tratamiento u otro de los posibles.

A la hora de valorar la existencia o no de dicha oportunidad perdida, al encontrarnos en el ámbito sanitario, el parámetro de apreciación es el de la adecuación de la asistencia a la *lex artis* y a la conceptualización de la misma como una obligación de medios y no de resultados.

1.2 Teoría de la causalidad probabilística

La pérdida de oportunidad se vincula, entonces, con la relación de causalidad, entendida como una teoría de la causalidad probabilística²¹⁴ (*probabilistic causation*), lo que significa que en los casos en que el daño sufrido por el paciente, si bien no tiene relación directa con el acto médico, sin embargo, sí es posible afirmar que dicho acto médico privó al enfermo de alguna posibilidad de mejoría y esta posibilidad de mejoría, que no ha podido ser, es indemnizable.

Como lo explica LUNA YERGA²¹⁵ “un hecho cierto ha hecho perder a la víctima de un daño cierto una oportunidad hipotética de su no producción”.

En el ámbito sanitario la causalidad es más compleja que en otros sectores de la actividad administrativa: no puede olvidarse que la patología del paciente y su evolución se conectan inevitablemente con el curso causal del resultado, por ello la exigencia de una causalidad estricta y exclusiva podría conducir a un incumplimiento de la función reparadora de la responsabilidad patrimonial de la Administración.²¹⁶

²¹⁴ KING, J. H., Jr.: “Causation, valuation and chance in personal injury torts involving preexisting conditions and future consequences”, *90 Yale Journal* (1981), pág. 1353.

²¹⁵ LUNA YERGA, A.: “Oportunidades perdidas. La doctrina de la pérdida de oportunidad en la responsabilidad civil médico-sanitaria”, en *InDret Revista para el Análisis del Derecho* 02-05, n° 288, pág. 4.

²¹⁶ GASCÓN ABELLÁN, M.: “Prueba de la causalidad en pleitos de daños y pérdida de oportunidad”, en HERRADOR GUARDIA, M.J. (coord.): *Derecho de Daños*, Madrid, Sepin, 2011.

Ello, a su vez, supone una aligeramiento de la carga de la prueba para el perjudicado, toda vez que no se exige probar que la actuación médica fue la causa del daño sino que basta con probar que la negligencia médica privó de la oportunidad de obtener un resultado distinto y mejor, que se determina en función de unos estándares medios y no en relación con el daño o las secuelas sufridas por el interesado. Para un sector doctrinal²¹⁷, la pérdida de oportunidad, incluso, supone una inversión de la carga de la prueba al entender que, cualquier error médico o retraso de diagnóstico o tratamiento lleva consigo una pérdida de oportunidad y recae sobre el prestador de la asistencia médica probar que el daño no está relacionado causalmente con su actuación.

Ante ello, se han fijado unos límites en la aplicación de la doctrina de la pérdida de oportunidad.

Según MEDINA ALCOZ²¹⁸, no procede su aplicación cuando la probabilidad es insignificante, despreciable en términos matemáticos, pues equivaldría a considerar la inexistencia de nexo causal; tampoco sería aplicable para daños que aún no se han producido ni para daños que, aún habiéndose producido, sus expectativas son de reparación en el futuro, pues si el daño no llega a producirse, o es reparado, ello implica que la

²¹⁷ YZQUIERDO TOLSADA, M.: “La responsabilidad civil médico-sanitaria al comienzo de un nuevo siglo. Los dogmas creíbles y los increíbles de la jurisprudencia”, en *Derecho Sanitario*, vol 9, nº 1, enero-junio 2001, págs. 35 y ss.

²¹⁸ MEDINA ALCOZ, L.: “Hacia una nueva teoría general de la causalidad en la responsabilidad civil contractual (y extracontractual): la doctrina de la pérdida de oportunidades” en *Revista de responsabilidad civil y seguro*, núm. 30 segundo semestre año 2009, págs. 45 y 46.

oportunidad no se perdió, sino que se verificó o, incluso, que no se trataba de una auténtica oportunidad.

1.3. Daños de posible producción en el futuro

Sobre los daños de posible producción o acaecimiento en el futuro, la cuestión no es pacífica: otros autores²¹⁹ consideran que sí procede indemnización en tales supuestos en virtud de la exposición a un riesgo adicional, entendiendo, por lo tanto, que dicha situación de riesgo (*proportional risk recovery*) es el daño indemnizable²²⁰.

Entendemos que tampoco procede la aplicación de la doctrina de la pérdida de oportunidad para los casos de probabilidad muy elevada, pues lo que existiría en tales supuestos es la relación de causalidad directa o plena.

1.4 Concreción en el ámbito sanitario

La aplicación de la doctrina de la pérdida de oportunidad en el ámbito sanitario se concreta, sobre todo, en posibles errores o retrasos de diagnóstico y posibles errores o retrasos en el tratamiento, habitualmente consecuencia de los anteriores.

²¹⁹ KING, J. H. Jr.: "Reduction of likelihood. Reformulation and other retrofitting of the loss of a chance doctrine", en *28 University of Memphis Law Review* (1998) págs. 492 y ss.

²²⁰ FISHER, D.: "Tort recovery for loss of a chance", en *36 Wake Forest Law Review* 605 (2001) pág. 633.

Un error o retraso de diagnóstico y, por consiguiente, de tratamiento no determina causalmente el resultado final, que se deberá más bien a la patología de base padecida por el perjudicado. Sin embargo, dicho retraso puede hacer perder al enfermo una oportunidad más o menos cierta –o remota- de evitar el resultado lesivo.

La doctrina de la pérdida de oportunidad también se ha aplicado, como veremos más adelante, a los casos de diagnósticos prenatales erróneos o inexistentes. Algunos de estos supuestos se fundamentan en la privación de la posibilidad de decidir sobre una eventual interrupción voluntaria del embarazo. En estos casos, ASÚA GONZÁLEZ²²¹ distingue tres supuestos:

- Certeza sobre la voluntad de la madre de haber interrumpido su embarazo. En este supuesto procedería indemnizar el daño de la privación de la posibilidad de abortar, que la autora no considera que sea una pérdida de oportunidad al no haber dudas sobre la causalidad.
- Certeza sobre la voluntad de la madre de no haber interrumpido su embarazo. Tampoco procedería indemnizar, ante la ausencia de daño.
- Incertidumbre sobre cuál hubiera sido la decisión de la madre. Para ASÚA GONZÁLEZ este es el único caso en el que resultaría de aplicación la doctrina de la pérdida de oportunidad, pues es el único caso en el que existe incertidumbre.

²²¹ ASÚA GONZÁLEZ, C.: “Pérdida de oportunidad de la responsabilidad sanitaria”, en *Cuadernos Aranzadi Civil*, Cizur Menor, Thomson Aranzadi, 2008, págs. 110-117.

La aplicación de esta doctrina a los casos de eventual interrupción del embarazo, de todos modos, no es pacífica. Así, MARTÍN CASALS y SOLÉ FELIÚ²²² consideran que la pérdida de oportunidad entraña la desaparición de la probabilidad de que ocurra un evento favorable para la víctima pero independiente de su voluntad, por lo que los casos de interrupción voluntaria del embarazo, por depender de la voluntad de la madre, no podrían incluirse en el concepto de la pérdida de oportunidad.

La valoración del daño en el ámbito médico sanitario es, *per se*, compleja, y el problema de determinar el monto indemnizatorio se dificulta cuando la cuantificación ha de fundarse en probabilidades estadísticas de mejora, curación o supervivencia.

En efecto, ante la inexistencia de relación de causalidad directa, no caben expectativas de supervivencia o curación destruidas (*proportional compensation*)”²²³. Por lo tanto, cuando el daño a indemnizar es la oportunidad perdida, “hallado el grado de probabilidad en el caso concreto, si es serio o apreciable, se proyecta sin más sobre la indemnización para afirmar una responsabilidad parcial basada en una causalidad probabilística”²²⁴.

²²² MARTÍN CASALS, M. y SOLÉ FELIÚ, J.: “Comentario a la STS de 7 de junio de 2002”, en *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, núm. 60, Civitas, 2002, pág. 1114.

²²³ KING, J. H. Jr.: “Reduction of likelihood. Reformulation and other retrofitting of the loss of a chance doctrine”, en 28 *University of Memphis Law Review* (1998), págs. 492 y 493.

²²⁴ MEDINA ALCOZ, L: Hacia una nueva teoría general de la causalidad en la responsabilidad civil contractual (y extracontractual): la doctrina de la pérdida de oportunidades”, en *Revista de responsabilidad civil y seguro*, núm. 30 segundo semestre año 2009, pág. 48.

El cálculo puede complicarse más aún si depende de hechos futuros. LUNA YERGA²²⁵ lo explica con un ejemplo concreto: “pensemos en un caso en que el demandante atribuya al médico demandado la pérdida de oportunidad de evitar el futuro desarrollo de una ceguera” y apunta, citando a KING, que caben dos posibles cálculos indemnizatorios:

Por un lado, considerar la eventual ceguera como un hecho único e indemnizar el porcentaje del valor de la ceguera atribuible a la oportunidad perdida.

Por otro lado, considerar que la ceguera puede sobrevenir en diferentes momentos de la vida del paciente y en tal caso la indemnización debería cubrir todos los daños derivados de la ceguera pero modulados por la probabilidad de su acaecimiento.

Los pronunciamientos pioneros en la jurisprudencia española en los que se reconoce una indemnización aplicando la doctrina de la pérdida de oportunidad se han plasmado tanto en la jurisdicción civil como en la contencioso-administrativa, como examinaremos más adelante, si bien hemos de subrayar que se echa de menos en numerosas ocasiones una plasmación de los razonamientos que han conducido a los órganos jurisdiccionales a establecer la cuantía indemnizatoria, lo que impide que pueda hablarse en nuestro ordenamiento de una jurisprudencia uniforme al respecto, sino, por el contrario, como se verá, de una jurisprudencia cambiante y, hasta podríamos decir errática.

²²⁵ LUNA YERGA, A.: “Oportunidades perdidas. La doctrina de la pérdida de oportunidad en la responsabilidad civil médico-sanitaria”, en *InDret Revista para el Análisis del Derecho* 02-05, nº 288, pág. 9.

Tampoco por parte del Consejo de Estado ni de los consejos consultivos autonómicos se ha elaborado una doctrina uniforme en relación con la pérdida de oportunidad y su indemnización. Entendemos relevantes los pronunciamientos de estos órganos en esta materia habida cuenta de que la asistencia sanitaria pública está ampliamente extendida en España, razón por la que el ejercicio de acciones resarcitorias de los daños ocasionados por la asistencia sanitaria pública van precedidas de la preceptiva reclamación de responsabilidad patrimonial cuya tramitación exige la emisión de dictamen del órgano consultivo correspondiente. Por este motivo, consideramos de interés la valoración del daño que se realiza, no solo en sede jurisdiccional, sino también la efectuada por los órganos consultivos estatal y autonómicos en los casos de pérdida de oportunidad, no sin subrayar que el tratamiento de la pérdida de oportunidad por parte de estos órganos consultivos, como ocurre en la jurisprudencia, es ecléctico.

A lo largo de los dos siguientes apartados se analiza con detalle la forma de llevar a cabo esta valoración tanto por los órganos consultivos, en primer lugar, como por los jurisdiccionales, en segundo.

Por último, nos detendremos en el estudio de la pérdida de oportunidad por falta de consentimiento informado.

2. Valoración en los órganos consultivos

2.1 Cuantificación discrecional de la indemnización

Se trata de casos en los que la indemnización se ha fijado de acuerdo con el “prudente” criterio del órgano consultivo o a tanto alzado

El Consejo de Estado considera que procede desestimar por falta de relación de causalidad en el caso de una mujer a la que, tras haberle sido practicada una mastectomía por cáncer de mama, en marzo de 2001 se le diagnosticó, mediante TAC abdominal, probable neoplasia ulcerada gástrica, angioma hepático y litiasis renal izquierda. Ese mismo mes la enferma sufrió un infarto por el que hubo de ser ingresada, recibiendo el alta el mes de abril. Tras seguir su tratamiento oncológico se le practica nuevo TAC en julio que pone de manifiesto ocupación de toda la curvatura mayor del cuerpo gástrico por una gran masa tumoral, de la que se toma muestra para biopsia y cuyo diagnóstico anatomopatológico es informado el 26 de julio de 2001 como infiltración por adenocarcinoma de tipo intestinal. La paciente es ingresada y se realiza nuevo TAC abdominal en el que se observan múltiples metástasis hepáticas y progresión de las adenopatías, así como aumento de la masa gástrica que se extiende por contigüidad, observando masa en hipocondrio izquierdo y ascitis. Finalmente fallece en septiembre de 2001. El Consejo de Estado asume que se produjo un descuido en las actuaciones del oncólogo que practicó el TAC fechado el 10 de marzo de 2001, al no advertir que había efectuado previamente una petición de TAC con fuerte sospecha de patología intestinal. Sin embargo, entiende que la muerte no trajo causa de dicho descuido por lo que

considera que procede desestimar. Este dictamen cuenta con un voto particular que considera que procede indemnizar por entender existente la necesaria relación de causalidad entre la actuación administrativa, al omitir los medios que hubiesen podido suponer una mejoría de la expectativa vital para la enferma, y el resultado dañoso producido y propone una indemnización a tanto alzado que considera “prudencial” (10.000 euros a recibir conjuntamente por los interesados)²²⁶.

El Consejo Consultivo de Andalucía²²⁷ en un caso de un menor con daño cerebral que los padres atribuyen a una asfixia perinatal con encefalopatía hipóxico isquémica o a una deficiente resolución de un hematoma subdural, considera que hubo pérdida de oportunidad pues, si bien no quedó demostrada la hipoxia intraparto, sí se evidenció que el neonato tardó dos días en ser intervenido del hematoma subdural cuando un retraso superior a cuatro horas en este tipo de cirugía supone un incremento de la mortalidad del 59 al 69 por ciento y una disminución de la supervivencia funcional del 16 por ciento. Finalmente, propone una indemnización de 60.000 euros “teniendo en cuenta los datos de la historia clínica, y especialmente el delicado estado de salud del paciente”.

El Consejo Consultivo del Principado de Asturias²²⁸ dictaminó un caso en el que un paciente fue atendido en urgencias por dolor en oído izquierdo y pérdida de audición intermitente. Con una otoscopia se diagnosticó un

²²⁶ Dictamen del Consejo de Estado de 4 de diciembre de 2003 (TOL 4.123.580)

²²⁷ Dictamen del Consejo Consultivo de Andalucía 672/2014, de 14 de octubre (<http://www.ccandalucia.es>, número marginal: II:641)

²²⁸ Dictamen del Consejo Consultivo del Principado de Asturias 180/2014, de 24 de julio de 2014 (<http://www.ccasturias.es>)

tapón de cerumen, cuya disolución no supuso la recuperación de la audición en el paciente. Posteriormente, este reclama por sordera súbita que atribuye a una deficiente atención en urgencias. El Consejo Consultivo considera que se pudo haber remitido al paciente a un especialista en otorrinolaringología, aún cuando solo fuera por precaución, por lo que estima que existen indicios de pérdida de oportunidad, y plantea que la indemnización deberá tener en cuenta dos aspectos: el grado de probabilidad de que una actuación correcta hubiera producido un efecto beneficioso y el grado o alcance de dicho beneficio. Seguidamente, sin explicar cómo ha valorado dichos aspectos, propone “a su prudente arbitrio” una indemnización por importe de 1.500 euros.

El Consejo Jurídico Consultivo de la Comunidad Valenciana²²⁹ en un caso en el que un paciente presentaba fractura de costillas tras haberse caído, aprecia pérdida de oportunidad por la falta de diagnóstico de neumotórax, que conllevó el fallecimiento del enfermo, diagnóstico al cual podría haberse llegado si se hubieran realizado otras pruebas diagnósticas de imagen y se hubiera hecho un seguimiento más exhaustivo de la disnea del paciente. Se indemniza con la cantidad de 10.000 euros para la viuda y 2.000 euros para cada una de las hijas del difunto.

²²⁹ Dictamen del Consejo Jurídico Consultivo de la Comunidad Valenciana 2014/0414, de 24 de julio de 2014 (<http://portales.gva.es/cjccv/>).

2.2. Vinculación con las probabilidades de la oportunidad perdida

En los casos que examinaremos a continuación se establece la cuantía indemnizatoria atendiendo a las probabilidades de haber obtenido un resultado distinto y mejor para la salud del paciente.

En el caso de una niña afectada de leucemia, se incurrió en un retraso en hacer analítica para determinar la compatibilidad del donante (tipaje de alta resolución DRB1) y además el resultado de la misma fue erróneo, ello implicó que fuera imposible realizar un trasplante de médula ósea de entre sus familiares debiendo hacerse autotrasplante de la propia enferma que, finalmente, falleció. El Consejo de Estado²³⁰ considera que la posibilidad de encontrar un donante con premura hubiera implicado resultados más beneficiosos para la enferma, por lo que el error cometido supuso una pérdida de oportunidad de curación, aunque tan solo fuera temporal y propone indemnizar a la familia “en la cuantía que, a falta de otros criterios, establece el baremo contenido en la Resolución de 24 de enero de 2006, de la Dirección General de Seguros y Fondos de Pensiones, para el caso de fallecimiento de un menor de edad que convive con sus progenitores. Debe entenderse que a dicho importe hay que aplicar el porcentaje correspondiente a las probabilidades de mayor supervivencia que habría tenido el paciente en caso de que se le hubiera podido dar el tratamiento previsto en su día”.

Un interno en un centro penitenciario sufrió un ictus que fue diagnosticado en el centro a las 9:00 horas, requiriéndose su traslado

²³⁰ Dictamen del Consejo de Estado de 26 de octubre de 2006. Base de datos de Dictámenes, referencia 1654/2006. Documento CE-D-2006-1654.

urgente a un centro hospitalario, el cual no se produjo hasta seis horas más tarde. El Consejo de Estado²³¹ considera que se ha incurrido en una pérdida de oportunidad y estima que, a efectos de fijar la cuantía de la indemnización son relevantes dos aspectos: primero, la gravedad de las secuelas que finalmente padece el perjudicado y segundo, la relevancia de la oportunidad perdida. De acuerdo con estos parámetros, en el caso que dictamina el Consejo de Estado aplica el baremo y, sobre la cifra (que arroja 536.380,68 euros) considera que procede una disminución “a la vista de la valoración que quepa atribuir a dicha oportunidad perdida por no haberse llevado a cabo una atención más rápida en el centro médico”. Utiliza para ello un informe del Colegio Oficial de Médicos en el que se valoran los posibles efectos beneficiosos de una asistencia temprana y tomando en cuenta la “incidencia limitada en una posible evitación total o parcial de las secuelas” que efectivamente padece el perjudicado cuantifica la pérdida de oportunidad en un tercio de la cuantía correspondiente a la indemnización de dichas secuelas, determinando una indemnización de 180.000 euros.

El Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid²³² considera, acertadamente, que el objeto de reparación no es el daño final, sino, precisamente el perjuicio proporcional a la pérdida de oportunidad sufrida y en el caso que dictamina, un retraso en la llegada de una UVI móvil para la atención de emergencia del afectado, que finalmente falleció, consta un informe pericial de valoración del daño corporal que estima la pérdida de oportunidad en un ochenta por ciento del importe de la indemnización que,

²³¹ Dictamen del Consejo de Estado de 9 de junio de 2011 (TOL 2408014)

²³² Dictamen del Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid 195/13, de 14 de mayo (<http://www.madrid.org/ccmadrid/>)

por fallecimiento, habría correspondido a la esposa y a la hija, menor de 18 años, del difunto y ese es el porcentaje que aplica sobre la indemnización por fallecimiento recogida en la Tabla I del baremo de tráfico.

En otro caso, dictaminado por el Consejo Consultivo de Andalucía²³³, el Servicio de Anatomía Patológica no informó al Servicio de Cirugía de la presencia de un carcinoma en estadio T2 en la pieza quirúrgica extirpada, por lo que el tratamiento quirúrgico no se implementó con otras medidas terapéuticas, lo que implicó la evolución del cáncer sufrido por el enfermo conduciendo a su fallecimiento, resultando que este tipo de cáncer tiene una media de supervivencia a cinco años menor del cincuenta por ciento para el estadio T2. En este caso, el Consejo Consultivo afirma la existencia de relación de causalidad acreditada, pese a lo cual propone “establecer una reducción de la indemnización en la medida en que ha de considerarse la gravedad del tumor y las graves patologías del paciente, que sin duda hubieran provocado que el porcentaje de éxito, en caso de un tratamiento adecuado, no hubiera sido superior al treinta por ciento” y rebaja las cantidades solicitadas como indemnización en dicho porcentaje.

El Consejo Consultivo de Castilla- La Mancha²³⁴ en un caso de lesión medular con resultado de tetraplejía, después de que el paciente acudiera a

²³³ Dictamen del Consejo Consultivo de Andalucía 803/2013, de 27 de noviembre (<http://www.ccandalucia.es>, número marginal: II:771)

²³⁴ Dictamen del Consejo Consultivo de Castilla- La Mancha 443/2013, de 20 de diciembre (<http://consultivo.jccm.es>). Este dictamen contiene, además, de forma sistematizada los requisitos que considera que deben concurrir para que exista pérdida de oportunidad: “a) Que se haya perdido una ventaja o beneficio como consecuencia de una negligente actuación u omisión profesional, es decir, con infracción de la *lex artis*; b) Que esta pérdida no dependa de la voluntad del perjudicado ni sea a él imputable y c) Que no pueda

urgencias y fuese diagnosticado tan solo de cervicgia tras la realización de una radiografía, pero no de otras pruebas, como una RMN o una TAC, que hubieran permitido el diagnóstico de la hernia discal cervical y el tratamiento adecuado, que aun siendo conservador (inmovilización, corticoides y analgesia) no se le suministró, valora el *quantum* indemnizatorio aplicando el cincuenta por ciento a las cantidades resultantes de aplicar el baremo de tráfico a las secuelas que presenta el enfermo por entender que es la reducción que procede al tratarse de una pérdida de oportunidad y porque “en los informes a los que se ha hecho referencia en la anterior consideración, no se cita ningún porcentaje, ni tampoco se hace remisión alguna a estudios o informes de autores que pudieran tenerse en cuenta para fijar el porcentaje de pérdida de oportunidad”.

El Consejo Consultivo de Castilla y León²³⁵ dictaminó el caso de una mujer a la que, tras practicarse una mamografía, se indicó que se revisase en un año. Posteriormente padeció un cáncer de mama que ya se podía apreciar en la mamografía. Los informes médicos apreciaron una pérdida de oportunidad del cincuenta por ciento considerando que el tumor era multifocal y se hallaba en estadio III, afirmando que tales circunstancias hubieran requerido, en alto grado de probabilidad, una mastectomía radical y no parcial. De acuerdo con este criterio, el Consejo Consultivo valora la indemnización en el cincuenta por ciento de las secuelas valoradas según baremo.

establecerse satisfactoriamente el nexo de causalidad de forma absoluta entre el daño y la actuación sanitaria”.

²³⁵ Dictamen del Consejo Consultivo de Castilla y León 354/2014, de 29 de agosto de 2014 (<http://www.cccyl.es/es/dictamenes>).

En un caso muy similar de retraso de diagnóstico de una patología oncológica, el Consejo Consultivo de la Región de Murcia²³⁶ expone que “el *quantum* indemnizatorio debe basarse (...) en un estudio sobre los perjuicios que haya podido ocasionar al enfermo el retraso de diagnóstico imputable a la Administración, lo que requiere de un análisis detallado de las características de la enfermedad y su evolución (...)” todo ello al objeto de determinar los daños alegados que pueden imputarse al retraso de diagnóstico objetivado y añade: “(...) la cuantificación de los conceptos que (...) hubiesen de considerarse indemnizables, habría de atenerse al baremo de referencia con un carácter meramente orientativo(...)”, pero en caso de que de los informes médicos no pudiese establecerse la incidencia del retraso de diagnóstico en el proceso patológico habría que considerar una concurrencia de causas (enfermedad y retraso diagnóstico) imputando a cada una el cincuenta por ciento de relevancia, trasladando dicho porcentaje a la cuantificación de la indemnización final.

El Consejo Consultivo de la Región de Murcia, de los más constantes en cuanto a la forma de valorar el monto indemnizatorio, en numerosos dictámenes ha establecido unos criterios²³⁷ para que el propio órgano instructor calcule la indemnización sin necesidad de recabar nuevo dictamen del órgano consultivo:

- Que la Inspección Sanitaria valore las probabilidades de éxito que se hubieran derivado de la aplicación de los medios diagnósticos,

²³⁶ Dictamen del Consejo Consultivo de la Región de Murcia 184/2006, de 1 de enero de 2006 (TOL 4652530).

²³⁷ Dictamen del Consejo Consultivo de la Región de Murcia 107/2014, de 1 de enero de 2014 (TOL 4654216), con cita del Dictamen 184/2006, de 1 de enero de 2006 (TOL 4652530)

considerando otros factores, en particular el estado del paciente, que pudieron concurrir para el resultado final.

- Aplicar el porcentaje anterior sobre las cantidades que hubieran correspondido según la aplicación del baremo de accidentes de circulación del año en que se produjo el efecto lesivo y actualizarlo con aplicación del IPC al momento de finalizar el procedimiento.

Sumamente interesante resulta el caso de un paciente, desgraciadamente fallecido a causa de un cáncer de vejiga. El Consejo Consultivo de la Región de Murcia²³⁸ que, como ya hemos señalado, es partidario de la indemnización con aplicación del porcentaje de la pérdida del beneficio posible, explicita la importancia del baremo de tráfico para la indemnización de la pérdida de oportunidad y afirma: “(...) la aplicación del baremo es un medio relevante del que se parte para conseguir una imprescindible motivación del *quantum* indemnizatorio, sin perjuicio, pues, de las correcciones que la aplicación de dicho baremo pueda demandar en cada caso concreto, asimismo, motivadamente”.

2.3 Identificación con daño moral

En los siguientes casos veremos cómo se fija el quantum de la indemnización mediante identificación de pérdida de oportunidad con un daño moral que, a su vez, se indemniza a tanto alzado

²³⁸ Dictamen del Consejo Consultivo de la Región de Murcia 309/2014 (TOL 4654325)

El Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid²³⁹ en caso de cáncer con tratamiento inadecuado que pasó de un estadio II a un estadio IV, reconoce la dificultad de valorar la pérdida de oportunidad y pese a contar en el expediente con informes periciales que establecían porcentajes sobre la pérdida de beneficio del tratamiento sufrida por el enfermo y de la disminución de la expectativa de recidiva, opta por indemnizar, a tanto alzado, y considerando la cantidad ya actualizada, con 60.000 euros.

El Consejo Consultivo de Andalucía²⁴⁰ en el caso de un paciente que sufría cáncer de mediastino, al que se detectaron tumores mediante una PET, considera que se produjo un retraso injustificado al no practicarse hasta un año después una mediastinoscopia, prueba que resultó concluyente para el diagnóstico. Entiende que dicho retraso impidió un abordaje precoz del cáncer que sufría el enfermo por lo que constituyó una pérdida de oportunidad. Si bien afirma que lo que condujo al paciente a la muerte fue el cáncer, también expresa que cuando se detectó el carcinoma epidermoide el estado era tan avanzado que ya no era potencialmente curable. Por ello, considera que no procede indemnizar el fallecimiento del enfermo, sino “el daño derivado de la pérdida de oportunidad por falta de agotamiento de los

²³⁹ Dictamen del Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid 191/13, de 14 de mayo (<http://www.madrid.org/ccmadrid/>), se pronuncia sobre las dificultades de indemnizar la pérdida de oportunidad haciendo referencia a las omisiones del baremo de accidentes de tráfico: “El problema consiste en valorar esos dos daños ya que el baremo recogido en la normativa de seguros para las víctimas de accidentes de tráfico no recoge ni el valor de la propia vida (únicamente recoge las indemnizaciones para familiares) ni el daño que supone una recidiva de una enfermedad como la que padecía la reclamante”.

²⁴⁰ Dictamen del Consejo Consultivo de Andalucía 869/2009, de 29 de diciembre, número marginal II.807 (TOL 4661157).

medios diagnósticos” y a la hora de valorarlo expresa que el retraso diagnóstico generó un sufrimiento en el enfermo y que es ese daño moral el que procede indemnizar, transformando así el daño producido y reconocido por el órgano consultivo –la pérdida de oportunidad- en un daño moral que es el sufrimiento del enfermo por saber que no fue diagnosticado a tiempo.

El Consejo Consultivo de Andalucía²⁴¹ también dictaminó un caso en el que una mujer sufrió un accidente de circulación y, en vez de ser trasladada al Hospital de Jaén, especializado en neurotraumatología, mediante helicóptero –pues había dos bases a corta distancia aérea- fue trasladada en ambulancia al Hospital de Úbeda, desde donde se decidió su traslado al de Jaén, de nuevo en ambulancia, por lo que cuando pudo recibir el tratamiento idóneo habían transcurrido siete horas desde el accidente. La relevancia en la demora radica en que, para la patología sufrida por la enferma, un retraso de más de cuatro horas determinaba un pronóstico peor e irreversible, con agravación de las secuelas iniciales. Por ello, se aprecia la existencia de pérdida de oportunidad de haber recibido el tratamiento específico a sus lesiones de forma temprana, lo que implicó un agravamiento de las secuelas. El dictamen reconoce la dificultad de evaluar económicamente la pérdida de oportunidad por la ausencia de una aproximación estadística por lo que considera que es necesario acudir al “principio del prudente arbitrio o buen juicio” y, con cita de una jurisprudencia de los Tribunales Superiores de Justicia y del Tribunal Supremo -que no concreta- afirma que “son dispares y consisten en una cantidad a tanto alzado sin desglose mínimo y en contemplación a todos los daños alegados”. Finalmente, de forma

²⁴¹ Dictamen del Consejo Consultivo de Andalucía 248/2010, de 28 de abril (<http://www.ccandalucia.es>, número marginal: II.229).

sorprendente, concluye que debe entenderse que “la situación generadora del daño moral tiene un carácter permanente, debido al carácter irreversible de las secuelas padecidas”, por lo que estima que “el daño moral alegado puede ser prudencialmente resarcido con la suma de 40.000 euros”

El último dictamen citado es un ejemplo paradigmático de las fluctuaciones, en este caso dentro de un mismo dictamen, de los criterios que se siguen a la hora de valorar la pérdida de oportunidad.

En efecto, se dice que lo correcto sería acudir a un examen probabilístico que permita determinar en qué medida se disminuyó la posibilidad de mejoría del paciente. Ante la ausencia de datos en el expediente al respecto, se plantea proponer una indemnización a tanto alzado, lo que finalmente hace, pero indicando que se indemniza el daño moral alegado. Pero lo que se alega no es un daño moral, sino unas secuelas físicas que se considera que no se pueden indemnizar en su totalidad pues no existe certeza de que hubieran podido evitarse por completo. En este caso, con el único efecto de disminuir el importe de la indemnización, se transforma el daño físico cuya indemnización se solicita –las secuelas- en daño moral y se indemniza con “prudente arbitrio”.

En este sentido, resulta de gran interés un voto particular emitido por el consejero permanente de Estado D. Miguel HERRERO Y RODRÍGUEZ DE MIÑÓN a uno de los dictámenes mencionados *supra*²⁴² en la medida en

²⁴² Dictamen del Consejo de Estado de 9 de junio de 2011 (TOL 2408014). El consejero permanente HERRERO Y RODRÍGUEZ DE MIÑÓN emitió un voto particular en el que se pronuncia en contra del parecer mayoritario por varias cuestiones: “En todo caso, la pérdida de oportunidad es una doctrina de origen jurisprudencial anglosajón relativa al derecho de contratos cuya proyección en el campo médico-sanitario puede situarse en la

jurisprudencia norteamericana en 1966 y que se recibe en la jurisprudencia española a partir de 1998. Su emergencia en el derecho anglosajón pende de la carencia en dicho derecho de la categoría de <<lucro cesante>> tal como se conoce en el derecho continental, entre otros el español. La pérdida de oportunidad subsana así el supuesto de los perjuicios no directamente causados por el evento dañoso, sino por una privación de beneficios futuros y esta correlación entre ambas categorías debe tenerse en cuenta. La acumulación de dos categorías procedentes de círculos jurídicos diferentes y que, en cierta medida, pretenden cubrir los mismos supuestos, o bien produce confusión, o bien provoca una mera duplicación o, lo que es más peligroso, conduce a multiplicar los efectos de cada uno de ellos. Baste pensar en el supuesto, aparentemente caricaturesco, pero que la experiencia de este Consejo considera como posible, de que la pérdida de oportunidad médica interpretada como causante de la disminución física o psíquica del paciente, es decir, como un daño en sí misma, se prolongase en el lucro cesante que perdió por no haber realizado las tareas que una mejor salud le hubiere permitido abordar. La doctrina legal de este Consejo, que ha reconocido en diferentes ocasiones el supuesto de la pérdida de oportunidad procesal, no ha sido por lo general favorable a considerar la pérdida de oportunidad médica como desencadenante de la responsabilidad patrimonial de la administración y así resulta de la propia Memoria del 2005 ya citada, donde, pese a distinguir entre supuestos estrictos de pérdida de oportunidad y aquellos otros que cabe reconducir a la infracción de la *lex artis*, casi todos los casos que contempla bajo aquél rótulo corresponden más bien a este segundo. Con posterioridad a la síntesis intentada por dicha Memoria, una serie de dictámenes confirman tal interpretación restrictiva. Así los dictámenes nº 1.654/2006 y 1.679/2006, con conclusión estimatoria basan su argumentación en la constatación de errores que supusieron una infracción de la *lex artis*. Mientras que en el dictamen 1.757/2007 donde se invoca expresamente la pérdida de oportunidad se desestima. En el dictamen 538/2008, relativo a un caso en el que se invoca la pérdida de oportunidad por un indebido retraso, la pretensión indemnizatoria se rechaza por considerar que el daño tuvo su causa en la propia patología del paciente y a análogo resultado llega el dictamen 1.828/2008 por considerar que el hipotético aprovechamiento de la oportunidad no garantizaba la exactitud del diagnóstico y las consecuencias del mismo.

Ciertamente que la jurisprudencia del Tribunal Supremo ha utilizado con mayor amplitud la doctrina de la pérdida de oportunidad y en este sentido el dictamen mayoritario menciona diversas sentencias. Ahora bien, no puede ignorarse que la mayor parte de las sentencias del Tribunal Supremo que indemnizan la pérdida de oportunidad lo hacen (Sentencias de 6 de julio de 1990, de 3 de octubre de 2000, de 26 de septiembre de 2000, de 12 de enero de 2001, etc.) cuando existen dificultades para cuantificar un daño exclusivamente patrimonial. Esto es, lo hace siempre que existe un daño patrimonial claramente probado e imputable a su agente causante. En otros términos, la pérdida de oportunidad deviene así una técnica de cuantificación de un daño patrimonial difícil de determinar mediante su conversión en mero daño moral. En todos los casos, la indemnización se concede cuando la

que afirma la necesidad de advertir al órgano consultante de los “efectos expansivos no queridos” a los que podría conducir la asunción de la teoría de la pérdida de oportunidad como alternativa a la relación de causalidad plena y directa.

No podemos sino convenir en el paralelismo señalado entre la teoría del lucro cesante y el concepto de la pérdida de oportunidad: el lucro cesante lo constituyen no los perjuicios causados (daño emergente) sino la privación de beneficios futuros, del mismo modo que la pérdida de oportunidad no consiste en el daño realmente sufrido, sino en la privación de expectativas de curación o mejoría en la salud del paciente.

Sin embargo, discrepamos de otras afirmaciones contenidas en el voto particular:

probabilidad de haberse producido otro resultado es clara, evidente. De ahí que cuando los demandados son profesionales forenses y la oportunidad perdida es la de un pleito que no se ganó, solo se indemniza cuando la probabilidad de éxito del hipotético pleito es sustancial (Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 23 de abril de 2009). Y, en el ámbito de la responsabilidad médica, dicho resarcimiento se da cuando hay constancia de que el profesional tenía de manera cierta otras opciones terapéuticas distintas de las que tomó. Nada de eso ocurre en el caso presente. Pero hay más: el Consejo de Estado es una instancia no jurisdiccional, sino consultiva. Su función no es aplicar la jurisprudencia del Tribunal Supremo sino asesorar al Gobierno sobre cómo actuar, sin perjuicio de lo que en vía jurisdiccional ulterior pueda resultar. Y en este caso debería hacerlo señalando los efectos expansivos no queridos que pudiera tener la generalización de la pérdida de oportunidad como concreción de la relación de causalidad en los supuestos de responsabilidad patrimonial de la administración.

Por lo expuesto, el consejero que suscribe, es de dictamen:

Que procede desestimar la reclamación sometida a consulta”.

Así, por ejemplo cuando afirma que los casos dictaminados por el Consejo de Estado sobre pérdida de oportunidad “casi todos” constituyen, en realidad, casos de infracción de la *lex artis*.

Sin duda, todos los casos de pérdida de oportunidad constituyeron casos de infracción de la *lex artis*, ya que sin dicha infracción no se pudo perder la oportunidad de una curación o mejoría. Se pretende realizar una distinción imposible entre dos conceptos que son uno dependiente del otro. Es muy posible que la conclusión expresada por el autor del voto particular que comentamos traiga causa de la doctrina de la pérdida de oportunidad expresada en algunas sentencias del Tribunal Supremo (13 de julio y 7 de septiembre de 2005 o 4 y 12 de julio de 2007) en las que el Alto Tribunal expresa que la pérdida de oportunidad “es una figura alternativa a la quiebra de la *lex artis* que permite una respuesta indemnizatoria en los casos en que dicha quiebra no se ha producido y, no obstante concurre un daño antijurídico”.

Sin embargo, como ha quedado ampliamente expuesto más arriba, la pérdida de oportunidad no es una alternativa a la infracción de la *lex artis*, sino una alternativa a la existencia de causalidad directa.

Este es el criterio que suscribe de forma explícita el Tribunal Supremo en las mismas sentencias mencionadas (4 y 12 de julio de 2007) al afirmar que “Sin embargo, en estos casos el daño no es el material correspondiente al hecho acaecido, sino la incertidumbre en torno a la secuencia que hubieran tomado los hechos de haberse seguido en el funcionamiento del servicio otros parámetros de actuación, en suma, la posibilidad de que las circunstancias concurrentes hubieran acaecido de otra manera”. Con esta

manifestación se poner de relieve la identificación de la pérdida de oportunidad con un curso causal diferente. Esta circunstancia, unida al hecho de que uno de los parámetros de valoración de la actuación sanitaria conforme a la *lex artis* es la obligación de medios, cualquier actuación que no se realizó, pero hubiera podido seguirse y hubiera podido ser más beneficioso para el enfermo, constituye una infracción de la *lex artis*.

Añade el voto particular que la teoría de la pérdida de oportunidad es una elaboración jurisprudencial, lo que es cierto, cuya finalidad no es otra que la de facilitar la cuantificación de un daño patrimonial difícil de cuantificar por el procedimiento de transformarlo en un daño moral. Como más adelante veremos, la jurisprudencia no siempre transforma el daño derivado de la actuación sanitaria, que no solo es un daño patrimonial, en daño moral. Entendemos que de nuevo el consejero permanente fundamenta su opinión en las citadas sentencias del Tribunal Supremo cuando afirman que “en la pérdida de oportunidad hay, así pues, una cierta pérdida de una alternativa de tratamiento, pérdida que se asemeja en cierto modo al daño moral y que es el concepto indemnizable”. Con ello no se produce una transformación del daño personal en daño moral, ya que las sentencias expresan con claridad que el daño indemnizable es la oportunidad pérdida, lo que ocurre es que dicha oportunidad se equipara o “asemeja” a un daño moral.

El voto particular subraya la función consultiva del Consejo de Estado y la distingue de la función jurisdiccional afirmando que su actividad es la de asesorar al Gobierno “sin perjuicio de lo que en la vía jurisdiccional ulterior pueda resultar”. No podemos sino discrepar profundamente de este

razonamiento por varios motivos: en primer lugar, consideramos que la jurisprudencia es fuente del derecho y, como tal, ha de ser considerada a la hora de asesorar en derecho; pero además consideramos que el asesoramiento sería gravemente deficiente si el Gobierno, enfrentado al particular en sede jurisdiccional, pudiese ver revocada su resolución, fundada en el criterio del Consejo de Estado. No cabe olvidar que la función consultiva ha de tener como finalidad conseguir el mayor acierto en las decisiones de la Administración activa, acierto que no tendría lugar, evidentemente, si dichas decisiones resultan revocadas por los órganos jurisdiccionales competentes.

Por último, pero no menos importante, llama la atención la reflexión contenida en el voto particular relativa a los “efectos expansivos no queridos de la generalización de la pérdida de oportunidad”, pues parece hacer referencia a un posible aumento de las indemnizaciones por daños derivados de la asistencia sanitaria en los que no concurre un nexo causal directo sino solo probable. De ser cierta esta interpretación, nos encontraríamos ante una consideración de carácter económico y no jurídico para favorecer o no la aplicación de la doctrina de la pérdida de oportunidad.

En este sentido, no podemos obviar una observación similar sobre los efectos restrictivos -¿no queridos?- de la generalización de la exigencia de acreditación de la infracción de la *lex artis* frente a la aplicación de la responsabilidad objetiva.

3. Valoración en los órganos jurisdiccionales

3.1 Cuantificación discrecional de la indemnización

Siguiendo la misma metodología, estudiaremos a continuación algunos casos en los que la cuantía de la indemnización se ha establecido a tanto alzado.

En la jurisdicción civil es digna de mención la STS de 10 de octubre de 1998²⁴³ en la que se resuelve un caso en el que un empleado de una empresa heladera pierde una mano. En la atención sanitaria que recibe por parte del servicio de emergencias la enfermera no se percató de que uno de los compañeros de trabajo del perjudicado cambió la mano de una conservación en hielo natural a un recipiente especial, con hielo artificial, lo que condujo a que la mano entrara en un proceso no de conservación sino de congelación, que impidió las posibilidades de reimplante de la misma.

La Sentencia expresa que la enfermera era conocedora de que tan solo el hielo natural era adecuado, pese a lo cual no comprobó el recipiente en el que se guardó la mano, por lo que considera que hubo una conducta negligente.

Lo que la Sentencia no admite es que de dicha negligencia se derive de forma directa la imposibilidad de reimplante de la mano, ya que la prueba pericial practicada en el juicio puso de manifiesto que en circunstancias normales de conservación de los miembros amputados tampoco queda

²⁴³ STS de 10 de octubre de 1998, Sala de lo Civil (TOL 7.553)

garantizado completamente el éxito del reimplante y, en virtud de ello, estima que se produjo únicamente una pérdida de oportunidad de realizar la cirugía de reimplante en las adecuadas condiciones.

Seguidamente fija la indemnización en 1.500.000 pesetas, pero no se explicita el cálculo de la misma, ni se mencionan las probabilidades de reimplante exitoso de la mano.

Por su parte, en la jurisdicción contencioso-administrativa, la primera vez que se acoge jurisprudencialmente este concepto es en la Audiencia Nacional en Sentencia de 13 de noviembre de 2002²⁴⁴ en la que, con fundamento en el informe de la inspección sanitaria, la Sala valora que, sin perjuicio de la mayor probabilidad de que los padecimientos del enfermo se debieran al traumatismo producido por un accidente de tráfico, la ausencia de realización de una prueba diagnóstica de imagen, como es la TAC hubiera podido facilitar las posibilidades de haber observado la existencia del tumor que sufría el paciente y, con ello, haber propiciado un tratamiento más temprano. Por ello, aprecia la existencia de una pérdida de oportunidad, si bien admite expresamente las dificultades para cuantificar el alcance de la misma, ya que los informes periciales aportados a la causa no se pronunciaban sobre este aspecto, es decir, sobre la eventual evolución que hubiera tenido la enfermedad y, consecuentemente, el estado del paciente en el caso de haberse tratado con anterioridad al momento en que lo hizo.

Pese a ello, la Audiencia Nacional considera indubitado que hubo una asistencia sanitaria deficiente, por más que admite que en ello pudo influir el

²⁴⁴ SAN 13 de noviembre de 2002, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 4ª (JUR 2003/25811)

relato del paciente sobre un antiguo accidente de tráfico y su pasividad en relación al mismo durante años. Por ello, aprecia la existencia de una concurrencia de culpas entre el perjudicado y el servicio público sanitario, considerando imputable a este último la falta de no haber efectuado nuevas TAC, ni haber realizado un seguimiento riguroso.

A la hora de valorar el daño sufrido en orden a fijar la indemnización, la Audiencia Nacional afirma tomar en consideración las secuelas que sufre el perjudicado y, remitiéndose a “los criterios que en cuantificación de lesiones viene manteniendo esta Sala”, que en ningún momento detalla ni refiere, establece una indemnización conjunta para el reclamante y su madre de 150.000 euros, comprensiva de la indemnización de la pérdida de oportunidad de una mejor evolución del tumor y de los daños morales, así como de la actualización correspondiente por el tiempo transcurrido desde el momento del perjuicio hasta el de la resolución judicial.

Como puede verse, tampoco en la jurisdicción contencioso-administrativa se hace referencia alguna a las probabilidades de mejor evolución ni se relacionan las mismas con el cálculo del monto indemnizatorio.

El Tribunal Supremo en Sentencia de 4 de julio de 2007²⁴⁵ resuelve un recurso de casación formulado por una persona que había sufrido un accidente de tráfico en el que quedó afectado por una lesión del plexo braquial que era susceptible de cirugía, pero no en España. El interesado decidió acudir a un centro especializado y privado en Milán y por Sentencia

²⁴⁵ STS de 4 de julio de 2007, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 6ª (RJ 2007/6617)

de 30 de junio de 1992 del Juzgado de lo Social número 3 de Zaragoza se resolvió que se le reembolsaran los gastos. El enfermo, a pesar de la cirugía, no recuperó la movilidad por lo que formuló reclamación de responsabilidad patrimonial solicitando 45.000.000 de pesetas de indemnización. El Tribunal de instancia en Sentencia de 15 de octubre de 1997 resolvió reconocer una indemnización por entender que se había privado al paciente de la posibilidad de someterse a un tratamiento quirúrgico que si se hubiera producido con anterioridad hubiera tenido mayores posibilidades de éxito ya que estas van decreciendo con el transcurso del tiempo, se acordó una indemnización por importe de 5.000.000 de pesetas. Como quiera que no se tuvo en cuenta la práctica de una prueba pericial de informe de perito tasador, se recurrió la resolución judicial y el Tribunal Supremo en Sentencia de 3 de junio de 2002 decidió la retroacción de las actuaciones para la práctica de la pericial solicitada. Efectuada esta el Tribunal de instancia acordó una indemnización de 51.000 euros, teniendo en consideración que la prontitud de la intervención elevaba las posibilidades de recuperación, aunque en porcentajes muy bajos. El interesado recurrió de nuevo al Tribunal Supremo solicitando 306.157,03 euros por entender que debía aplicarse a su caso el baremo de tráfico. El Supremo, en la Sentencia que ahora comentamos, afirmó que el Tribunal de instancia había modulado la indemnización considerando que solo se debía reparar la pérdida de oportunidad de ser sometido a un tratamiento idóneo y de ser informado que el mismo se realizaba en el extranjero. Sobre el baremo exponía que únicamente tenía carácter orientador y consideraba que la cantidad de 51.000 euros comprendía la plena indemnidad del perjuicio sufrido.

El criterio de admitir un *quantum* indemnizatorio a tanto alzado es el más aceptado por la jurisprudencia del Alto Tribunal.

En la Sentencia de 2 de enero de 2012²⁴⁶ casa la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 1 de junio de 2010 y estima el recurso planteado por considerar que se omitieron pruebas diagnósticas relevantes que hubiesen permitido diagnosticar el aneurisma abdominal que presentaba el enfermo, lo que produjo un retraso relevante en su tratamiento, exponiendo que, si bien no se puede llegar a saber cuál hubiera sido el resultado final, hubieran existido más posibilidades de éxito, por lo que se produjo una privación de expectativas en el tratamiento, en virtud de lo cual reconoce una indemnización de 50.000 euros.

En Sentencia de 28 de febrero de 2012²⁴⁷ casa una Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 16 de junio de 2010. El recurrente padece unas secuelas de incontinencia doble, impotencia sexual y anestesia perianal en silla de montar que atribuye a una cirugía de hernia discal en la que se produjeron alteraciones postquirúrgicas con disco remanente que comprometían la raíz nerviosa S1 en ambos lados. El Tribunal de instancia desestimó por entender que no había habido infracción de la *lex artis* ni tampoco pérdida de oportunidad ya que una RMN indicaba que no era necesario reintervenir. En casación se observa que la pérdida de oportunidad reclamada no está en relación con la posibilidad de reintervenir o no sino con una falta de diagnóstico de la complicación postquirúrgica

²⁴⁶ STS de 2 de enero de 2012, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 4ª (RJ 2012/2).

²⁴⁷ STS de 28 de febrero de 2012, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 4ª (RJ 2012/4307).

surgida y por ello considera que no se abordó la pretensión del recurrente en la instancia. Ante la solicitud de 510.000 euros planteada por el recurrente, el Tribunal Supremo afirma que entre las circunstancias a valorar hay que tener en cuenta que no ha quedado acreditado que el resultado hubiera sido distinto si el diagnóstico de la complicación hubiera sido anterior, por ello considera adecuada una indemnización a tanto alzado de 250.000 euros.

En otro caso, el recurrente tras sentir un dolor en la espalda acudió a su mutua laboral, donde le prescribieron calmantes y relajantes musculares. Posteriormente una RMN y una TAC revelaron discopatía degenerativa, hernia central posterior L4-L5 y L5-S1, acúñamiento de otra vértebra y lesión medular en sacro. Se continuó con tratamiento conservador sin mejoría para el paciente por lo que un mes y medio después de la primera visita médica se realizó nueva RMN que mostró un tumor que fue diagnosticado de linfoma no Hodgkin. El enfermo fue intervenido y pudo superar el linfoma, pero debido al error de diagnóstico inicial desarrolló un tumor en la columna que llegó a comprimir la médula comprometiendo severamente la capacidad de movilidad del paciente. El Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana apreció la existencia de pérdida de oportunidad y resolvió indemnizar al perjudicado y a su esposa, a partes iguales, con 60.000 euros por daños morales. El afectado recurrió por entender que no procedía la aplicación de la pérdida de oportunidad pues la comprensión medular es reversible si se trata correctamente por lo que entiende que en su caso hay causalidad directa, además considera insuficiente la indemnización de 30.000 euros y argumenta que, incluso aplicando la pérdida de oportunidad, la indemnización habría debido ser proporcional a las posibilidades de curación, que presenta como muy

elevadas. El Tribunal Supremo²⁴⁸ se pronuncia en primer término sobre la existencia de relación de causalidad o de pérdida de oportunidad y concluye que, en la vista, los peritos tuvieron ocasión de explicar sus informes y responder a las preguntas de los letrados de las partes y de tales actuaciones no puede afirmarse con certeza que se habría evitado el resultado lesivo si se hubiera prestado un tratamiento descompresivo de la médula, por lo tanto, considera que hubo pérdida de oportunidad y no causalidad plena. Seguidamente, expone que la indemnización ha de vincularse a las posibilidades de curación y, sin perjuicio de reiterar que el *quantum* indemnizatorio no es revisable en casación -salvo que pueda ser tachado de inmotivado, irracional o arbitrario-, expone que la sentencia recurrida no se refiere al grado de probabilidad de curación que habría debido ser tenido en cuenta para fijar la indemnización de 30.000 euros. En este contexto, considera que el grado de probabilidad de un efecto beneficioso en el paciente de la actuación médica omitida no era “escaso”, por lo que atribuyen una indemnización “no inferior” a 150.000 euros.

Es evidente que el Tribunal Supremo incurre en la misma falta que pretende corregir al Tribunal de instancia y que no es otra que omitir el grado de probabilidad de haber obtenido un resultado distinto y mejor si se hubiera realizado la descompresión medular más tempranamente. Es cierto que expone que dicho grado de probabilidad no les parece “escaso”, pero no es menos cierto que no dicen cuánto les parece de “abundante” y mucho menos fijan el importe de la indemnización de forma proporcional a una probabilidad determinada en un porcentaje.

²⁴⁸ STS de 22 de mayo de 2012, Sala de lo Contencioso-Administrativo , Sección 4ª (RJ/2012/6930).

El Tribunal Supremo²⁴⁹ también casó la cuantía indemnizatoria fijada por el Tribunal Superior de Justicia de Madrid en un caso de pérdida de oportunidad en el que la sentencia recurrida otorgaba una indemnización de 120.000 euros con base en el baremo de accidentes de tráfico para el caso de muerte, que incluye los daños morales. La aseguradora de la Comunidad de Madrid recurrió invocando como sentencias de contraste dos del Tribunal Superior de Justicia de Valencia en las que el daño indemnizado no fue el “daño material en sí mismo acaecido”, es decir, el fallecimiento valorado según baremo, sino el “daño moral derivado de la pérdida de oportunidad”.

El Alto Tribunal, tras realizar un examen de las sentencias de contraste invocadas asume plenamente el criterio de la recurrente y fija una indemnización a tanto alzado “valorando todas las circunstancias concurrentes” de 80.000 euros.

Resulta evidente la rebaja de la indemnización efectuada por la casación, cuyo fundamento es que en el caso resuelto no se daba causalidad directa o plena sino pérdida de oportunidad, si bien dicha rebaja no trae causa de una valoración sobre la probabilidad de no haber perdido una posible curación o una mayor supervivencia. En este sentido, a la hora de valorar la aplicación jurisprudencial de la pérdida de oportunidad no puede perderse de vista el efecto de la determinación de indemnizaciones a tanto alzado, sin realizar el cálculo de probabilidades y adaptar la indemnización proporcionalmente al mismo.

²⁴⁹ STS de 3 de diciembre de 2012, Sala de lo Contencioso-Administrativo. Sección 4ª (RJ/2013/560).

3.2 Vinculación con las probabilidades de la oportunidad perdida

En las resoluciones judiciales que examinaremos ahora se observa la fijación de la indemnización atendiendo a la probabilidad de haber obtenido un resultado más beneficioso con una actuación médica diferente.

El Tribunal Supremo²⁵⁰ confirmó la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Aragón en el caso de un paciente con carcinoma broncogénico y metástasis, que requirió cirugía y en cuyo postoperatorio se produjeron unas fístulas que no fueron detectadas hasta el decimotercer día posterior a la intervención, cuando ya el pronóstico era infausto, pudiendo haber sido diagnosticadas más tempranamente y con mayores posibilidades de “remontar las complicaciones”, según el criterio del médico inspector. Considera el Alto Tribunal que la fijación de la indemnización establecida por la Sala de instancia por la pérdida de oportunidad de un mejor pronóstico (20.000 euros) no resulta arbitraria, irracional ni ilógica al estar fundamentada en las expectativas de vida del paciente, que eran de un veinte por ciento en un periodo de cinco años

No podemos dejar de mencionar que si bien ambos órganos jurisdiccionales aluden al porcentaje de expectativa de supervivencia del paciente, ninguno de ellos señala la cantidad sobre la que se aplica dicho porcentaje ni de dónde se extrae. Una motivación más exhaustiva de esta conclusión hubiera permitido apreciar el criterio de los tribunales para establecer el monto indemnizatorio inicial sobre el que posteriormente se aplica el porcentaje correspondiente a la pérdida de oportunidad, su

²⁵⁰ STS de 23 de mayo de 2012, Sala de lo contencioso-Administrativo, Sección 4ª (TOL 2.557.896)

ausencia, por el contrario asemeja esta indemnización a las que se fijan a tanto alzado.

En otra resolución²⁵¹ el Tribunal Supremo casa una Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid en la que se reconocía a una mujer una indemnización por importe de 220.000 euros por el fallecimiento de un familiar al que no se le practicó un electrocardiograma en la Sala de instancia la representación procesal de las partes demandadas plantearon la reducción de la indemnización porque las posibilidades de recuperación y curación del paciente eran muy difíciles aun cuando se le hubiera realizado el electrocardiograma. El Tribunal Superior de Justicia no admitió esta argumentación expresando que la pérdida de oportunidad “aunque sea remota no puede quedar indemne” y otorgó la indemnización indicada más arriba.

El Tribunal Supremo, tras recordar su propia jurisprudencia en virtud de la cual entiende que la pérdida de oportunidad es indemnizable, expresa que para la valoración del daño es preciso examinar dos elementos de difícil concreción:

- El grado de probabilidad de que la actuación omitida hubiera producido un efecto beneficioso en el paciente.
- El grado, entidad o alcance de dicho efecto beneficioso.

Afirma que no comparte el criterio de la Sala de instancia de que no se puede reducir el monto indemnizatorio aun cuando las posibilidades de

²⁵¹ STS de 19 de junio de 2012, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 4ª (RJ/2012/8064)

curación fueran remotas, pues considera que dichas posibilidades de recuperación son un elemento esencial en la doctrina de la pérdida de oportunidad, por lo que la indemnización debe “atemperarse” en función de su existencia y alcance. Por ello, procede a establecer el *quantum* indemnizatorio en 110.000 euros, lo que constituye el cincuenta por ciento de la cantidad fijada como indemnización por la Sala de instancia.

En este caso, de nuevo, la jurisprudencia vincula las posibilidades de curación con la cuantía indemnizatoria, y lo refleja mediante un porcentaje. El problema es que no es posible conocer de dónde se extrae que las posibilidades de curación constituían dicho porcentaje y no otro.

Un caso diferente es el resuelto, también por el Tribunal Supremo²⁵², en el que el Tribunal Superior de Justicia de Madrid estimó la demanda de una joven de veinte años que había quedado con un 93 por ciento de discapacidad a causa de un diagnóstico tardío de un tumor cerebral. Estableció una indemnización de 437.529,69 euros. La aseguradora del Servicio Madrileño de Salud recurrió en casación por entender, entre otras cuestiones, que a la perjudicada se le valoraron las secuelas de una intervención quirúrgica que, aunque tardía, hubiera sido necesaria también si el diagnóstico hubiera sido más temprano. La compañía aseguradora consideraba que debía aplicarse genéricamente una indemnización que respondiera a la privación de expectativas de un diagnóstico certero. Sin embargo, el Alto Tribunal afirma que “pretende la recurrente bajo la denuncia de la errónea consideración de la doctrina de la pérdida de oportunidad corregir la indemnización reconocida, en la que ya se considera

²⁵² STS de 5 de noviembre de 2012, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 4ª (RJ/2012/10351)

y tienen en cuenta aquellos elementos que no son atribuibles a la asistencia prestada sino a los propios antecedentes familiares de la paciente, constatados como hechos probados y a la complejidad y gravedad del propio tumor que sufrió”, que se valoraron en un treinta por ciento que se dedujo de la cuantía de la indemnización correspondiente.

En este caso, la indemnización ascendió al setenta por ciento de las secuelas sufridas por la paciente. Si bien no por valoración de la pérdida de oportunidad, como erróneamente parece sugerir el Tribunal Supremo, sino por tomar como punto de partida del estado de la paciente su situación de enfermedad, frente a la situación de salud que suelen presentar las víctimas de accidentes de circulación.

El Alto Tribunal²⁵³ confirma también el criterio expresado por el Tribunal Superior de Justicia de Madrid en el caso de una defectuosa atención durante el embarazo que provocó el parto prematuro y una hemorragia intraventricular en el neonato que le produjo, entre otras secuelas, parálisis cerebral, epilepsia y tetraparesia. La Sala de instancia estableció una indemnización por importe de 314.267,30 euros, para cuyo cálculo aplicó el cincuenta por ciento de la indemnización que establecía el baremo de la Ley sobre responsabilidad civil y seguro en la circulación de vehículos a motor. La reclamante recurrió esta cuantía por entender que la reducción de la indemnización en los casos de pérdida de oportunidad implica una violación del principio de reparación integral. También denuncia la infracción del baremo, respecto del que admite que no es de

²⁵³ STS de 27 de noviembre de 2012, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 4ª (RJ/2013/435)

obligada utilización, pero entiende que si se aplica no procede contemplar reducciones que el mismo no recoge.

En este caso el Tribunal Supremo reitera su criterio, ya expresado en anteriores pronunciamientos, en virtud del cual la aplicación flexible de un baremo no vinculante no puede constituir una infracción de la legalidad y, por consiguiente, no puede servir de fundamento para la casación.

En cuanto a la pérdida de oportunidad añade que dicha doctrina permite “atemperar” el importe de la indemnización y subraya que el porcentaje adoptado (cincuenta por ciento) trae causa del informe pericial que expresaba que un tratamiento con corticoides si bien no evita completamente la aparición de hemorragia intraventricular en el recién nacido, sí reduce su riesgo aproximadamente a la mitad.

En este caso, no solo se atiende a las probabilidades de que el perjudicado hubiera podido obtener un resultado distinto y mejor, expresadas en términos de porcentaje, sino que, además, se explicita de forma indubitada la cantidad sobre la que se aplica el citado porcentaje, que no es otra que la cantidad que hubiera correspondido aplicando el baremo.

Ello permite inferir que, aunque la Sentencia citada insista en afirmar que el baremo de tráfico no es vinculante, la referencia de partida para determinar el cálculo de la indemnización es, precisamente, el baremo de tráfico, cuyas indemnizaciones no se aplican pura y simplemente pero sirven de referencia para un cálculo de la indemnización más objetivo y razonado que el “prudente arbitrio”, lo cual redundará en la seguridad jurídica.

3.3 Identificación con daño moral

En las próximas sentencias la indemnización se determinó mediante la identificación de la pérdida de oportunidad con el daño moral.

El Tribunal Supremo²⁵⁴ confirmó la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid en la que se indemnizaba a un paciente que sufrió una acumulación de líquido céfalo-raquídeo en la médula (siringomielia) que le produjo graves secuelas, entre las que cabe destacar: paraplejia, disfonía, diplopía oblicua y necesidad de portar sonda vesical permanente. La Sentencia de instancia aprecia, en virtud de los informes periciales aportados, que la siringomielia, diagnosticada mediante la realización de una RMN en 1998, pudo haber sido detectada mucho antes, ya que en 1988, diez años antes, ya se había indicado la conveniencia de realizarle al paciente una RMN, sin que conste que se hiciera. Un diagnóstico más temprano hubiera permitido que se practicara al enfermo la cirugía indicada para obtener una mejoría o estabilización de su enfermedad.

El Tribunal Superior de Justicia de Madrid considera indemnizable “el daño moral derivado de la pérdida de oportunidad” y lo valora en 12.000 euros, sin valorar como indemnizables, si quiera sea parcialmente, las secuelas del paciente.

El Tribunal Supremo, como señalábamos, confirmó la Sentencia de instancia por entender que la parte recurrente no había argumentado en su recurso que la cantidad fijada como indemnización pudiera considerarse

²⁵⁴ STS de 19 de octubre de 2011, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 4ª (RJ/2012/1298)

ilógica o absurda ni qué elementos deberían haberse valorado para determinar la cuantía indemnizatoria más adecuada a juicio del recurrente.

El Tribunal Supremo²⁵⁵ confirmó una Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid en la que se indemnizaba a una mujer a la que se detectó un cáncer de cérvix durante el transcurso de su embarazo, a resultas del cual debió someterse a una histerectomía, que conllevó la interrupción del embarazo, y posteriormente a un tratamiento de radioterapia. Se consideró que el cáncer se diagnosticó con retraso y se produjo una pérdida de oportunidad para abordar el tratamiento de forma más precoz y menos radical. Aprecia que dicha actuación produjo a la actora un daño cierto, como lo fue la frustración del embarazo de la paciente y la pérdida de su capacidad de reproducción. La indemnización procedente se valoró en 250.000 euros al considerar que de haber sido tratada con anterioridad la paciente podría no haber perdido la capacidad de tener más hijos y la incidencia psicológica que dicha circunstancia tuvo sobre la enferma, que ha derivado en un cuadro psicológico depresivo postraumático severo y crónico.

Recurrió la aseguradora del Servicio Madrileño de Salud que, en cuanto a la indemnización, argumentó que procedía la aplicación de la teoría de la pérdida de oportunidad y que la determinación de la cuantía indemnizatoria tenía que tener en cuenta que el daño se hubiera producido igualmente, aunque la actuación sanitaria hubiera sido correcta, por lo que entiende que solo procede indemnizar la extirpación de los ovarios por importe de 61.000 euros, incluido el daño moral.

²⁵⁵ STS de 20 de marzo de 2012, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 4ª (RJ/2012/4808)

El Alto Tribunal confirmó la Sentencia de instancia al apreciar que había valorado la posibilidad, afirmada por un perito, de que la interesada no hubiera perdido su capacidad reproductiva -y no solo la frustración del embarazo en curso- además del cuadro depresivo, respecto del que reconoce otras concausas. Todo ello lo identifica con daño moral al expresar que “en materia de indemnización de daños morales (...) aunque el Tribunal de casación tenga un criterio distinto al de instancia respecto de la cuantía de la reparación de un concreto perjuicio moral, no le está permitido corregir la evaluación que hubiese efectuado el tribunal sentenciador si éste ha respetado el único requisito controlable en casación que es la razonabilidad y ponderación de la indemnización fijada en atención a los hechos declarados probados en la misma instancia (...)”.

El Tribunal Supremo²⁵⁶ de nuevo confirma la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid en un caso de fallecimiento de un paciente por una hemorragia derivada de una cirugía de hernia umbilical. El Tribunal de instancia consideró que no procedía indemnizar el daño sufrido directamente por el paciente, sino la pérdida de oportunidad de sobrevivir a la hemorragia, que se valora en 12.000 euros.

La viuda e hijas del paciente recurren en casación invocado sentencias de contraste en las que se indemniza conforme a baremo o tomando este como referencia.

El Tribunal Supremo afirma que lo indemnizable no es el daño realmente producido, sino la posibilidad de que el resultado hubiera sido

²⁵⁶ STS de 14 de octubre de 2014, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 4ª (JUR/2014/265007)

diverso si los hechos hubieran acaecido de otra manera. Expresa que las sentencias de contraste indemnizan en relación al baremo cuando el porcentaje de “posibilidades de supervivencia” es elevado o indeterminado y que, en estos casos, se descuenta de la cantidad indemnizable según baremo la parte proporcional al grado de incertidumbre, es decir, el porcentaje de posibilidades de que la situación hubiese resultado la misma. Sin embargo, considera que no existe contradicción entre las sentencias de contraste y la sentencia para los casos de pérdida de oportunidad y que solo se diferencian en la cuantía, que no se admite que sea revisable en casación, salvo que fuera arbitraria o ilógica. Por último añade que el baremo de la Ley sobre responsabilidad civil y seguro en la circulación de vehículos a motor tiene un carácter meramente orientador y no vinculante.

No podemos sino discrepar del criterio expresado por nuestro Alto Tribunal al afirmar que no hay contradicción entre la sentencia recurrida y la de contraste ya que si bien es incuestionable que todas ellas admiten la indemnización de la pérdida de oportunidad, no es menos cierto que dicho concepto tiene el tratamiento de daño personal en las sentencias de contraste y de daño moral en la sentencia impugnada, circunstancia que pone de manifiesto la contradicción existente.

3.4 Tratamiento del baremo para la indemnización de víctimas de accidentes de circulación.

En este apartado veremos las sentencias en las que se establece la indemnización con referencia en el baremo previsto para la indemnización de daños derivados de accidentes de circulación

La Audiencia Nacional²⁵⁷ aplica la doctrina de la pérdida de oportunidad en un caso de una mujer que acudió cuatro veces a su centro de salud por un problema de disminución auditiva acompañado de vértigos y vómitos antes de ser remitida a un especialista en otorrinolaringología, para el cual obtuvo cita más de un mes después de la primera visita. En dicho tiempo la paciente acudió a urgencias, donde fue diagnosticada de sordera brusca sin posibilidad de recuperación y se le advirtió de su posible mejoría si hubiera sido diagnosticada dentro de las setenta y dos horas siguientes a los primeros síntomas. Este criterio fue confirmado en el juicio por el médico forense que, además, aseguró que un tratamiento precoz puede hasta duplicar las posibilidades de recuperación.

La Audiencia Nacional toma en consideración circunstancias concurrentes, como la dificultad de diagnóstico de una patología poco frecuente así como la incertidumbre de la curación incluso con un diagnóstico y tratamiento adecuados, por lo que considera que se trata de un caso de pérdida de oportunidad en el que “lo que debe ser objeto de reparación es, solamente, la pérdida de oportunidad de que con un tratamiento más acorde a la *lex artis* se hubiera producido un resultado final distinto y más favorable a la salud de la paciente ahora recurrente”.

Seguidamente la Sala realiza un excursus sobre la aplicabilidad del baremo para accidentes de tráfico, subrayando en todo momento su carácter orientativo y no vinculante, argumentación que reproducimos por su interés para el presente trabajo:

²⁵⁷ SAN de 15 de octubre de 2003, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 4ª (JUR/2003/264821)

“Ciertamente, en otros ámbitos distintos existen baremos que permiten una concreción puramente objetiva, pero la aplicación de estos baremos a los casos de responsabilidad patrimonial de la Administración puede resultar discutible, pues aunque se funde en criterios objetivos, debe recordarse que, según el artículo 42.2 de la citada Ley 30/1992, la valoración debe efectuarse atendiendo a los criterios de valoración establecidos en la legislación de expropiación forzosa, a los de la legislación fiscal y demás normas aplicables y a la ponderación de valor en el mercado. La misma jurisprudencia contencioso-administrativa se muestra vacilante en cuanto a la asunción de este tipo de baremos, por cuanto así como el Tribunal Supremo ha apelado en alguna ocasión a los módulos valorativos referidos a otros –así, sentencias de 26 de septiembre de 1977; 18 de enero de 1980 o, más recientemente, 16 de diciembre de 1994-, en otras ha negado su aplicación por entender que <<el principio de responsabilidad directa patrimonial del Estado con motivo del funcionamiento de sus servicios está establecido en una ley general y con la técnica de la cláusula general (...) por lo que no cabe (...) seguir otros sistemas especiales reguladores de reparaciones debidas por la Administración por otros conceptos concretos y distintos especialmente establecidos para reparaciones específicas – sentencias de 21 de abril y 26 de septiembre de 1977; 2 de abril y 3 de diciembre de 1979 o 18 de febrero de 1980-”.

Finalmente concluye la procedencia de una indemnización de 25.000 euros, inferior a la correspondiente según baremo pero tomando este como referencia.

Por su parte, el Tribunal Supremo²⁵⁸, en un caso en el que no admite la aplicación de la doctrina de la pérdida de oportunidad, sí considera aplicable el baremo de accidentes de tráfico sin discusión ni matizaciones sobre su aplicabilidad directa, preceptiva o meramente orientativa. Se trata del caso de una mujer a la que, durante una histerectomía se le lesionó el uréter derecho, hecho que fue conocido pero minusvalorado por los médicos, lo que motivó la anulación funcional del riñón derecho. El Tribunal Supremo casa la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana que reconoció a la perjudicada una indemnización por importe de 169.231,96 euros más los intereses legales, por anulación funcional del riñón derecho y posterior extirpación del mismo, condenando al pago de la misma a la Administración demandada y su aseguradora.

La aseguradora recurrió en casación por entender que se ha equiparado la pérdida del riñón con el retraso diagnóstico y la pérdida de oportunidad de conservar el riñón. Asevera textualmente: “Dada la incertidumbre sobre el desenlace final en tales circunstancias, procedía reducir el *quantum* de condena (...)”, en una clara manifestación de cómo la doctrina de la pérdida de oportunidad es susceptible de ser utilizada de forma inicua con el único objeto de reducir el monto indemnizatorio.

El Alto Tribunal, en cualquier caso, descartó la aplicación de la pérdida de oportunidad confirmando la sentencia de instancia al considerar que realiza una completa valoración de la prueba tras lo cual aprecia la existencia de causalidad directa por vulneración de la *lex artis*. También confirma la indemnización señalada en la instancia considerándola

²⁵⁸ STS de 20 de septiembre de 2011, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 4ª (RJ/2011/7161)

suficientemente motivada: “se trata de una cuestión de hecho que ha sido apreciada y valorada por la Sala de instancia que debe respetarse, si no hay infracción del ordenamiento jurídico. Y, es más, la pérdida de un órgano vital determina ya una disfuncionalidad renal que es cuantificada en 47 puntos cuando la franja se presenta entre los 5-70 puntos, por lo que no se observa una valoración fuera de la horquilla y se procede a la moderación en base a la situación de la parte recurrente que únicamente dispone de un riñón (...)

Por último, no es revelador de un exceso en la valoración la consideración del factor de corrección del diez por ciento aplicado a la indemnización, entendiendo que la actora se encuentra en edad laboral y que tal factor de corrección se encuentra previsto tanto para las indemnizaciones procedentes por fallecimiento (tabla II del baremo) como también para las lesiones permanentes (tabla IV del baremo)”.

Encontramos esta sentencia claramente reveladora de la asunción, por parte de los órganos jurisdiccionales del orden contencioso-administrativo, del baremo para accidentes de tráfico como instrumento de medida de los daños personales ocasionados en el ámbito sanitario. En efecto, el Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana aplica el baremo para determinar la indemnización por la pérdida del riñón de la paciente e incluso aplica el factor de corrección por daños económicos al encontrarse la interesada en edad laboral. Criterio que es asumido por el Tribunal Supremo de forma indubitada sin matización alguna.

El examen de las sentencias que acabamos de efectuar nos permite aseverar que la aplicación de la doctrina de la pérdida de oportunidad

conlleva una modulación en valoración de los daños que consiste en una reducción del *quantum* indemnizatorio que es más acentuada cuanto más se aleja la decisión judicial de referencias concretas.

Así, las indemnizaciones que equiparan la pérdida de oportunidad al daño moral son las más bajas, seguidas de las indemnizaciones al “prudente arbitrio” del Tribunal o a tanto alzado y, finalmente, las más elevadas son aquellas en las que el órgano judicial tiene en consideración las probabilidades de la oportunidad perdida y las relaciona, en términos de porcentaje, con las indemnizaciones previstas en el baremo para víctimas de accidentes de tráfico.

En todo caso, la aplicación de la doctrina de la pérdida de oportunidad determina una reducción del importe de la indemnización vinculado a la probabilidad de haber obtenido un resultado distinto y mejor para el paciente, que debería ser deducido de la estadística científica.

Este es el centro de gravedad de la determinación de la cuantía indemnizatoria para estos casos: es infrecuente que los informes periciales o de la Inspección Sanitaria incorporen el porcentaje de probabilidades de la oportunidad perdida y ahí radica una de las dificultades de los órganos jurisdiccionales para establecer el monto indemnizatorio.

Pero en algunos casos en los que el porcentaje sí ha sido señalado, hemos visto que las sentencias no explicitan la cantidad sobre la que aplican dicho porcentaje. En ocasiones se aplica sobre la valoración establecida en el baremo de tráfico –pese a no indicarlo- y en otras ocasiones, aunque se menciona el porcentaje, se vincula la indemnización a un supuesto daño

moral o se indemniza a tanto alzado. No encontramos en ello otro fundamento que la reivindicación por parte de los tribunales de su competencia para juzgar íntegramente el asunto sometido a su jurisdicción sin vinculación a lo dispuesto en un baremo que no solo no es referido a los daños producidos en el ámbito de la actuación sanitaria, sino que además no recoge los daños derivados de la misma y mucho menos los relacionados con unas expectativas de curación, mejoría en la salud o en la calidad de vida.

4. Pérdida de oportunidad por falta de consentimiento informado

Existe una categoría de casos en los que se ha considerado la existencia de una pérdida de oportunidad por falta de consentimiento informado. Se trata, sobre todo, de casos en los que la falta de información a los padres sobre malformaciones fetales les ha impedido tomar una decisión informada sobre la posibilidad de interrumpir el embarazo.

En estos casos la jurisprudencia no toma para valorar el daño las secuelas mismas del recién nacido sino un daño, autónomo e independiente de la situación física o psicológica del menor. En este sentido, XIOL RÍOS²⁵⁹ considera razonable no tomar como daño la discapacidad física o psíquica del recién nacido, pues entiende que, en virtud de dicha

²⁵⁹ XIOL RÍOS, J.A.: “Distinción entre el daño moral y la indemnización por pérdida de oportunidades en la responsabilidad médica y de abogados”, en HERRADOR GUARDIA, M. J.: *Derecho de Daños*, Cizur Menor, Thomson Reuters Aranzadi, 2013, pág. 324

discapacidad podría inferirse que era razonable la voluntad de interrumpir el embarazo, por lo que la continuidad no deseada de éste y el nacimiento mismo se transformarían, a su vez en daños indemnizables.

Este autor expone que la indemnización contempla dos daños:

- El daño moral que representa para los padres el nacimiento y desarrollo de un hijo discapacitado. Esta cuota de la indemnización entraña las dificultades inherentes a la cuantificación del daño moral.
- El daño patrimonial que implica esta situación en lo relativo al coste de la crianza de un hijo discapacitado. Este segundo aspecto de la indemnización es evaluable y cuantificable por más que en la actualidad no se hayan establecido bases de cálculo que permitan efectuar una evaluación concreta de este daño económico y afirma Xiol que “es posible crear marcos de referencia para graduar esta clase de daños, aunque en ellos se englobe el estrictamente moral”.

La jurisprudencia contencioso administrativa sigue este criterio evaluador del daño, así, el Tribunal Supremo²⁶⁰ confirma la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Asturias en el caso del nacimiento de una niña con graves limitaciones, que conllevan una minusvalía del setenta y ocho por ciento y que se manifiestan, entre otros aspectos, en atrofia cerebral y retraso psicomotor. A la madre se le practicaron unas ecografías de nivel I, insuficientes e inadecuadas, según los protocolos de la Sociedad Española de Ginecología y Obstetricia (SEGO), para poder efectuar un

²⁶⁰ STS de 25 de mayo de 2010, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 4ª (RJ/2010/5227)

correcto diagnóstico prenatal y detectar malformaciones, lo que impidió a la madre decidir una posible interrupción voluntaria del embarazo.

El Tribunal de instancia consideró que debían aclararse tres circunstancias para poder apreciar responsabilidad patrimonial de la Administración:

- Si las ecografías realizadas eran suficientes para el diagnóstico prenatal de acuerdo a los protocolos o se hubieran requerido unas ecografías de mayor nivel. Los protocolos de la SEGO y los informes periciales incorporados al expediente ponen de manifiesto que las ecografías de nivel I realizadas resultaban insuficientes.
- Si de haberse practicado unas ecografías de mayor nivel hubiera sido posible o no detectar las malformaciones fetales a tiempo de que los padres hubieran podido decidir sobre la interrupción voluntaria del embarazo. Un informe pericial aportado por la reclamante afirmaba que dicha posibilidad ascendía a un setenta por ciento. La parte demandada, sin embargo, lo reducía a una horquilla entre el veintidós y el treinta y cinco por ciento, pero asumía indudablemente la posibilidad de detección, lo que conduce al Tribunal a considerar que atendiendo a que la asistencia sanitaria constituye una obligación de medios aunque no de resultados, debieron aplicarse los medios idóneos, lo que no ocurrió, privando así a la interesada de un diagnóstico certero y de la posibilidad de decidir sobre la interrupción de su embarazo.
- Si podía considerarse probado que los padres, efectivamente, hubieran adoptado la decisión de interrumpir el embarazo. Sobre

este extremo, el Tribunal de instancia, siguiendo la jurisprudencia del Tribunal Supremo, consideró que “incumbe a la Administración demandada la carga de probar de forma indubitada que, en el supuesto de conocer la mujer la malformación del feto no hubiera optado por un aborto terapéutico, y esa falta de probanza determina que quepa apreciar nexo causal para la exigibilidad de la acción de responsabilidad patrimonial”.

En cuanto a la valoración del daño, la Sala de instancia fijó una indemnización “global por todos los conceptos” de 500.000 euros, en consideración “al daño moral producido así como a las limitaciones de todo orden que comporta el estado de la menor (...) el dolor de aflicción que para los padres se ha originado y que se ve prolongado en el tiempo, así como la evidente mayor dedicación que ello implica por parte de los progenitores en la atención y cuidado de toda índole que debe prestarse a la niña con necesidad de seguimiento de terapias de rehabilitación y estimulación, así como gastos extra de toda índole que ello conlleva (...)”.

El Servicio de Salud del Principado de Asturias y su aseguradora recurrieron en casación argumentando:

- Que se estaban indemnizando los daños físicos de la hija de los reclamantes, que no tenían relación causal con la asistencia sanitaria prestada.
- Que la única vulneración de la *lex artis* consistió en una hipotética falta de información, pues no es absolutamente seguro que de haberse efectuado una ecografía de mayor nivel se hubieran podido detectar las malformaciones fetales. Por ello entienden que solo

procede indemnizar el daño moral derivado de la posible falta de información.

El Tribunal Supremo confirmó la Sentencia recurrida con la siguiente argumentación: “Es cierto que la no realización de la prueba indicada para la posible detección de malformaciones fetales como hemos dicho privó a los padres de la oportunidad de plantearse la interrupción voluntaria del embarazo o de seguir adelante con el mismo, y esa privación que era fácilmente evitable con la prueba diagnóstica requerida para ello, les causó un daño moral indemnizable, pero no lo es menos que , aun cuando ello sea así, precisamente la no realización de la prueba requerida comporta la existencia de nexo causal entre la omisión de la prueba de detección prenatal de las malformaciones y el daño, tanto moral como económico experimentado por los recurridos, puesto que ocuparse de su hija con tales malformaciones y la incapacidad que las mismas comportan, para cualquier actividad de por vida, como es obvio, produce gastos extraordinarios de todo tipo para sus padres que obliga a desatender otros fines ineludibles o muy relevantes mediante la desviación para la atención del hijo de recursos no previstos para dichas finalidades. En otras palabras, los gastos derivados de la crianza de los hijos no constituyen daño en circunstancias normales; pero cuando las circunstancias se separan de lo normal implicando una carga económica muy superior a la ordinaria, esta Sala entiende que puede haber daño y proceder la indemnización”.

El Tribunal Supremo²⁶¹ confirma una Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid que, a su vez, había revocado la del juzgado de

²⁶¹ STS de 16 de enero de 2012, Sala de lo Civil, Sección 1ª (TOL 2.411.900)

primera instancia que indemnizaba únicamente el daño moral por información insuficiente a un paciente en el que se produjo una secuela de parálisis a causa de una cirugía en la espalda, lo que constituía un riesgo inherente a la intervención, si bien de escasa incidencia estadística.

La Audiencia Provincial, sin embargo, fijó una indemnización que ascendía a la totalidad de los daños sufridos mediante la aplicación del baremo establecido para la indemnización de accidentes de circulación – referente que utilizaron los reclamantes para cuantificar su solicitud-.

El Tribunal Supremo, en lo relativo a la valoración del daño, expone la existencia de tres posibles criterios:

- Indemnizar por la totalidad de los perjuicios acaecidos, con fundamento en la hipótesis de que el paciente no se habría sometido a la intervención si hubiera conocido las posibles consecuencias resultantes.
- Indemnizar el daño moral y patrimonial derivado de la lesión en el derecho a la autodeterminación del paciente, su integridad física y psíquica y su dignidad.
- Indemnizar la pérdida de oportunidad del paciente de haber decidido someterse o no a la cirugía con ponderación de las circunstancias concurrentes: gravedad de la intervención, terapéuticas reales no informadas y posibilidades de producción o verificación del riesgo.

El Alto Tribunal entiende que lo relevante es el nexo entre la omisión de la información y la posibilidad de haber rechazado la intervención (y no entre una negligencia médica que, en realidad, no se había producido y las

secuelas sufridas por el paciente). La pérdida de oportunidad, pues, ha de valorarse en función de la probabilidad de que, una vez informado el enfermo de los riesgos, hubiera decidido someterse a la intervención quirúrgica.

La incertidumbre causal se centra en cuál hubiera sido la decisión del paciente en caso de haber sido correctamente informado, lo cual exige un cálculo probabilístico en el que se ha de tener en consideración tanto el daño producido por verificación de un riesgo como la capacidad de decisión razonable de un enfermo atendiendo a su estado de salud, la indicación de la cirugía propuesta para la resolución de su problema y la escasa incidencia estadística de la complicación finalmente sobrevenida.

El Alto Tribunal fija en un cincuenta por ciento las posibilidades de que el paciente no se hubiera sometido a la cirugía, por lo que no su hubiera producido la complicación de parálisis, y toma como referencia para la aplicación del citado porcentaje la aplicación del baremo de tráfico, como ya lo hizo la Audiencia Provincial argumentando, simplemente, que no había sido cuestionada.

La aplicación jurisprudencial de la doctrina de la pérdida de oportunidad en nuestro Derecho, como expone MARTÍNEZ RODRÍGUEZ²⁶² lleva a indemnizar bien el daño final “pero solo en proporción a la probabilidad de que con una conducta diligente se hubiera evitado el daño”, bien la oportunidad perdida, convirtiéndola, así, en daño.

²⁶² MARTÍNEZ RODRÍGUEZ, N.: “La doctrina de la pérdida de oportunidad en la responsabilidad sanitaria”, en LLAMAS POMBO, E. (director): *Estudios sobre las responsabilidad sanitaria. Un análisis interdisciplinar*, Las Rozas, La Ley Temas, 2014.

En el primer caso nos encontramos ante una cuestión de causalidad probabilística en la que la indemnización se calcula en relación a la probabilidad, es decir, de la indemnización que hubiera correspondido al perjudicado se detrae el porcentaje de probabilidades de haber obtenido igual resultado o, lo que es lo mismo, se indemniza el porcentaje de probabilidades de haber obtenido un resultado distinto y mejor.

En el segundo caso, la pérdida de oportunidad se considera un daño autónomo, pero su indemnización requiere igualmente un cálculo probabilístico puesto que la existencia o no de pérdida de oportunidad solo puede verificarse después de haber valorado las posibilidades de mejoría (supervivencia, curación o mejor calidad de vida) del paciente.

Por ello, la determinación del monto indemnizatorio habría de establecerse en virtud del grado de probabilidad de haber obtenido un resultado mejor y a mayor índice de probabilidades mayor debería ser la cuantía de la indemnización. La incertidumbre inherente al concepto y la vinculación con porcentajes de probabilidad dificultan indudablemente el cálculo de la indemnización y exige que los órganos judiciales deban acudir a la estadística científica para poder establecer las probabilidades de supervivencia o curación en cada caso.

Además, no cabe perder de vista que dicho porcentaje requiere una base de aplicación. Suele adoptarse el baremo establecido para las indemnizaciones a las víctimas de accidentes de circulación, si bien subrayando su carácter orientativo y no vinculante para los órganos judiciales, pese a lo cual resulta incuestionable que se trata de unos parámetros objetivos y previos.

Pese a lo expuesto, el repaso efectuado a nuestra jurisprudencia pone de manifiesto la ausencia de uniformidad de criterios.

En ocasiones la indemnización se ha fijado de forma absolutamente discrecional o “prudencialmente”, lo que es criticado por autores como REGLERO CAMPOS y MEDINA ALCOZ²⁶³.

En otras se identifica la pérdida de oportunidad con un daño moral, circunstancia que facilita la valoración discrecional.

Como exponen ASENSI PALLARÉS y CID-LUNA CLARES²⁶⁴ “Existe una tendencia general en nuestros tribunales a dejar de calcular rigurosamente el valor del daño sufrido, una falta de mínima motivación justificativa de la cantidad concedida. Y en el caso de la aplicación de la pérdida de oportunidad no solo se echan en falta criterios de razonabilidad estadística, sino que, además, en algún caso se observa una utilización abusiva de la oportunidad perdida que consiste en reparar daños sobre cuya conexión no hay dudas razonables”. Estos autores concluyen que la utilización excesiva y no rigurosa de este concepto conlleva una objetivación de la responsabilidad en el ámbito sanitario en la medida en que se indemnizan daños cuyo nexo causal con la prestación de asistencia sanitaria es dudoso.

²⁶³ REGLERO CAMPOS, F. y MEDINA ALCOZ, L.: “La doctrina de la pérdida de oportunidad”, en REGLERO CAMPOS, F. (coord.): *Tratado de Responsabilidad Civil*, Tomo I, Parte general, Cizur Menor, Thomson Aranzadi, 2008, págs. 804-807.

²⁶⁴ ASENSI PALLARÉS, E. y CID-LUNA CLARES, I.: “La evolución de la doctrina de la pérdida de oportunidad en la responsabilidad médica”, en *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, núm. 8/2013, pág. 236.

CAPÍTULO III. DIAGNÓSTICOS PRECONCEPTIVOS Y PRENATALES

La *vis expansiva* de la responsabilidad patrimonial de la Administración sanitaria, junto con la evolución tecnológica y los avances científicos, ha supuesto la aparición de reclamaciones de responsabilidad por daños sobre las concepciones no deseadas ni previstas²⁶⁵, por haberse sometido a tratamientos médicos contraceptivos o de esterilización y también sobre los diagnósticos prenatales erróneos o inexistentes de enfermedades o malformaciones detectables en el feto de cuya existencia los progenitores no tuvieron conocimiento hasta después del nacimiento o una vez transcurrido el plazo para poder proceder a una interrupción voluntaria del embarazo.

El origen de este tipo de reclamaciones, como explica MACÍA MORILLO²⁶⁶ surge con ocasión de las acciones por vida insatisfactoria iniciadas a partir del caso Zepeda contra Zepeda en 1963²⁶⁷. Se trataba de acciones ejercitadas por los hijos frente a los padres en reclamación de daños por la privación de una infancia “normal” o por la concurrencia e circunstancias familiares o sociales desventajosas –normalmente por ilegitimidad-.

²⁶⁵ FERRANDO, G.: “Nascita indesiderata, situazioni protette e danno risarcibile”, en DÁNGELO, A.: *Un bambino non voluto è un danno risarcibile?*, Milano, Giuffré Editore, 1999, pág. 209.

²⁶⁶ MACÍA MORILLO, A.: *La responsabilidad médica por los diagnósticos preconceptivos y prenatales (Las llamadas acciones de “wrongful birth” y “wrongful life”)*, en Valencia, Tirant lo Blanch, 2005, págs. 44 y 45.

²⁶⁷ Caso citado por MACÍA MORILLO: Demanda de un hijo contra su padre por haber nacido ilegítimo: el padre hizo promesa de matrimonio a la madre para mantener relaciones sexuales y posteriormente incumplió dicha promesa.

Con este planteamiento se inicia el camino de considerar la vida – en determinadas condiciones- como un daño, lo que dio paso a continuación a las reclamaciones formuladas frente a las actuaciones sanitarias desde varios puntos de vista:

Por un lado, las reclamaciones en las que el daño era el nacimiento de un niño enfermo que no fue evitado por los padres pudiendo haberlo sido mediante la no concepción o mediante la interrupción voluntaria del embarazo.

Por otro lado, las reclamaciones en las que el daño había sido ocasionado por la actuación sanitaria. Esta segunda categoría comprendía no solo los casos en los que el acto médico era la causa directa del daño, sino también los casos en que la causa indirecta del daño era la falta de información de la posibilidad de concurrencia de dicha enfermedad congénita.

En tercer lugar, las reclamaciones en las que el daño era el nacimiento de un niño sano, pero no deseado²⁶⁸.

Este tipo de acciones se han englobado bajo la denominación genérica de *wrongful actions*²⁶⁹. Si bien nuestro Tribunal Supremo en Sentencia de

²⁶⁸ MARTÍN CASALS, M.: “Wrongful conception and wrongful birth cases un Spanish law: two wrongs in search of a right”, en MAGNUS, U. y SPIER, J.: *European Tort Law. Liber amicorum for Helmut Koziol*, Frankfurt Main, Berlín, Berna, Bruselas, Nueva York, Oxford, Viena, Peter Lang, 2000, págs. 179-208.

²⁶⁹ ATAZ LOPEZ, J.: “Las *wrongful actions* en materia de responsabilidad médica”, en GARCÍA GARNICA, M. C. y ORTÍ VALLEJO, A.: *La responsabilidad civil por daños causados por servicios defectuosos: estudio de la responsabilidad civil por servicios susceptibles de provocar daños a la salud y seguridad de las personas*, Cizur Menor, Aranzadi, 2006, pág. 343.

11 de mayo de 2001²⁷⁰ ha establecido con claridad las distinciones entre los tres conceptos:

“Se trata de los supuestos conocidos con la expresión inglesa de *wrongful conception* y, en ocasiones también con la *wrongful pregnancy*, que designa aquellas demandas que interponen los progenitores por los daños causados por la concepción no deseada de un hijo sano debido al fallo de las medidas anticonceptivas adoptadas... Distintos de los supuestos anteriores son los casos de nacimientos de hijos con malformaciones que no han sido causadas por la negligencia médica y que parten de una premisa común: al no informar en tiempo oportuno a la madre de la malformación, ésta no ha podido decidir si quería llevar a cabo o no la interrupción legal del embarazo. En tales casos, si quien ejercita la acción es la madre se habla de *wrongful birth*, y de *wrongful life*, si quien lo hace es el propio hijo (...)”

La cuestión más controvertida que entrañan es, precisamente, la determinación del daño pues subyacen cuestiones discutibles desde el punto de vista ético como el planteamiento de qué tipo de discapacidades permiten considerar la vida misma como un daño, si la posibilidad de interrumpir el embarazo puede considerarse un derecho o, en un plano más teórico, si puede existir un derecho a no nacer del *nasciturus*.

²⁷⁰ STS de 11 de mayo de 2001, Sala Civil, Sección 1ª (TOL 4.974.267)

1. *Wrongful conception*

Las acciones de *wrongful conception* son las referidas a un acto médico anterior a la concepción y que podría haber evitado esta, bien porque tal era la finalidad de dicho acto médico, bien porque la existencia de diagnósticos preconceptivos hubiera permitido valorar o decidir dicha posibilidad, como expone DE ÁNGEL YAGÜEZ²⁷¹ al advertir de la posibilidad de que el diagnóstico genético prenatal se utilice para el denominado “consejo genético” o comunicación relativa a la existencia o riesgo de existencia, en términos de porcentaje, de una enfermedad hereditaria en la familia.

En definitiva, se trata del fracaso de un intento efectuado por los padres de evitar un embarazo no deseado mediante el sometimiento a tratamientos médicos o quirúrgicos destinados a la contracepción o a la esterilización. En estos supuestos nuestra jurisprudencia no admite, como luego se verá, el nacimiento de un hijo como daño, por lo que el daño susceptible de ser indemnizado se transforma en un daño moral por la vulneración del derecho a la autonomía de los padres para decidir sobre su planificación familiar y en los daños económicos derivados de la situación de ingravidez –que podría incluir lucro cesante- y del parto.

MARTÍN CASALS Y SOLÉ FELIU²⁷² prefieren la denominación de “anticoncepciones fallidas” porque el daño se identifica mejor con la lesión

²⁷¹ DE ÁNGEL YAGÜEZ, R.: “Diagnóstico genéticos prenatales y responsabilidad, Parte I”, en *Revista de Derecho y Genoma humano*, núm. 4. 1996, pág. 108.

²⁷² MARTÍN CASALS, M y SOLE FELIU, J.: “Anticoncepciones fallidas e hijos no previstos”, en *InDret Revista para el Análisis del Derecho* 03/2011, págs. 2 y 3.

a libertad de procrear y no tanto con la concepción o el nacimiento del hijo²⁷³.

Los casos sobre *wrongful conception* respecto de los que se ha pronunciado nuestra jurisprudencia pueden clasificarse en dos categorías:

- Operaciones de esterilización –usualmente, ligaduras de trompas y vasectomías- que no funcionan bien por una negligencia en su ejecución o bien porque, a pesar de una adecuación a la *lex artis*, no ha habido una información adecuada sobre las consecuencias.
- Colocación de un mecanismo anticonceptivo en el cuerpo – normalmente un dispositivo intrauterino (DIU) o un implante subcutáneo- que ha sido incorrectamente colocado o, incluso, que no lo ha sido. También se incluyen en esta categoría los defectos de información sobre la posibilidad de pérdida de los dispositivos y la prescripción de medicamentos ineficaces para la evitación del embarazo.

1.1 Operaciones de esterilización

La jurisprudencia del Tribunal Supremo en esta materia es abundante en lo relativo a las cirugías de esterilización que fallan permitiendo la concepción de un no deseado pero sano. La mayoría de los supuestos versan sobre vasectomías en las que no se acredita que haya habido vulneración de

²⁷³ En la misma línea, SEYMOUR, J.: *Childbirth and the Law*, Oxford, Oxford University Press, 2000, pág. 75.

la *lex artis* sino que lo más probables es que se haya producido una recanalización de los conductos, riesgo conocido y posible de esta intervención, por lo que habitualmente se produce su desestimación. La Sentencia de 25 de abril de 1994²⁷⁴ resolvía el caso de una vasectomía realizada correctamente pero la Sala aprecia que:

“Si bien no puede dudarse de que el cirujano ha cumplido el núcleo de su deber prestacional, sin embargo, no ha acreditado la existencia de información adecuada proporcionada por él al hoy apelante versada sobre la posibilidad de que el resultado de la vasectomía, la esterilización, no fuese definitiva, máxime cuando todos los tratadistas médicos que el demandado cita en su contestación a la demanda y en los documentos aportados con ella advierten y reconocen que una de las complicaciones que puede presentarse, tras la vasectomía, es la de la recanalización espontánea, que si bien es infrecuente, es perfectamente conocida”.

Como consecuencia de ese defecto de información se produjo un embarazo gemelar que nuestro alto Tribunal consideró digno de ser indemnizado, si bien no en concepto de daño moral sino:

“ (...) respetando el derecho que, en ejercicio de una lícita postura de paternidad responsable, permite al recurrido adoptar la decisión de no incrementar el número de hijos que ya tenía -uno solo, en este caso- no deja de resultar insólito que, ante el fracaso de la intervención a que voluntariamente se sometió, fracaso que produjo el nacimiento de hijos no esperados ni deseados, solicite y se le otorgue, - no, desde luego, como

²⁷⁴ STS de 25 de abril de 1994, Sala Civil, Sección 1ª (TOL 1.665.404)

indemnización por daños morales, sino como ayuda a la alimentación y crianza de los mismos-, una cantidad que iguala, cuando no supera, a la concedida en caso de su fallecimiento de los mismos”.

A la misma tipología pertenecen los de casos de ligaduras de trompas que no impiden la producción del embarazo. Como en las vasectomías, lo más frecuente son las desestimaciones por entender que la actuación médica ha sido correcta y que la mujer ha sido informada adecuadamente.

La Sentencia de 10 de octubre de 1995²⁷⁵ resuelve, el caso de una mujer que se sometió a una ligadura de trompas con finalidad anticonceptiva, pese a lo cual se produjo un embarazo del que nació una niña que falleció a los pocos meses. El Juzgado de Primera Instancia y la Audiencia Provincial de Ciudad Real habían estimado la reclamación, lo que fue objeto de casación por el Alto tribunal que entendió que el daño indemnizable era el embarazo no deseado y no los daños derivados de las malformaciones congénitas de la niña. Además apreció prescripción al tomar como *dies a quo* el día del nacimiento y no el del fallecimiento de la menor.

En un caso en que el médico efectuó la ligadura tan solo de una de las trompas por considerar que un ovario ser había extirpado en una cirugía anterior, cuando la extirpación solo fue parcial, la paciente quedó embarazada de dos hijas gemelas. El Tribunal Supremo en Sentencia de 5 de junio de 1998²⁷⁶ consideró indemnizable el daño patrimonial de los padres consistente en el lucro cesante por la suspensión de la actividad laboral

²⁷⁵ STS de 10 de octubre de 1995, Sala Civil, Sección 1ª (TOL 1.668.044)

²⁷⁶ STS de 5 de junio de 1998, Sala Civil, Sección 1ª (RJ/1998/4275)

durante el embarazo y el parto y en daño emergente derivado de los mayores gastos inherentes a un mayor número de hijos.

1.2 Colocación de mecanismo anticonceptivo

La Sentencia del Tribunal Supremo de 24 de septiembre de 1999²⁷⁷ confirmó la Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia que condenaba solidariamente al servicio público de salud y a la empresa fabricante de un DIU defectuoso que no impidió el embarazo de la reclamante. La indemnización se concedió en concepto de daños morales y materiales sufridos por la perjudicada.

En cuanto a los daños indemnizables por *wrongful conception*, en consideración a las sentencias que hemos examinado, puede afirmarse que se admite sin renuencia alguna la existencia de daño emergente por los gastos de asistencia médica, gestación y parto; también se admite pacíficamente la indemnización del lucro cesante derivado de la imposibilidad de trabajar por razón de embarazo y parto.

Sin embargo, no se admiten los gastos de la crianza del hijo no deseado por entender que la obligación de alimentos de los padres es de carácter irrenunciable e intransferible, debiendo considerar una excepción lo establecido en la Sentencia de 25 de abril de 1994²⁷⁸.

²⁷⁷ STS de 24 de septiembre de 1999, Sala Civil, Sección 1ª (RJ/1999/7272)

²⁷⁸ STS de 25 de abril de 1994, Sala Civil, Sección 1ª (TOL 1.665.404)

Tampoco se observa la existencia de impedimento alguno para la admisión de la indemnización en concepto de daño moral ocasionado por la zozobra e inseguridad derivadas de la aparición de un embarazo no querido. Así, la Sentencia de 24 de septiembre de 1999²⁷⁹ concede una indemnización por daño moral consistente en una “situación depresiva que alteró su armonía anímica y le produjo un inevitable estado de preocupación atentatorio a su libertad”.

En otros casos, como la también citada Sentencia de 5 de junio de 1998²⁸⁰ se rechaza la indemnización por daño moral al considerar, precisamente, que el nacimiento de un hijo no constituye daño.

Conviene precisar, no obstante, que una línea jurisprudencial más reciente sí parece admitir la crianza de los hijos no deseados como daño indemnizable.

Así, la Sentencia de 28 de marzo de 2012²⁸¹, Sala de lo Contencioso-Administrativo ha declarado el carácter indemnizable del daño moral consistente en privar a los padres de la posibilidad de decidir sobre la interrupción voluntaria del embarazo, así como el mayor coste o el incremento que supone la crianza de un hijo afectado por síndrome de Down al no haberles dado la posibilidad de someterse a pruebas diagnósticas de alteración genética. En la sentencia citada se decía que ocuparse de un hijo con tal patología comporta, gastos extraordinarios y

²⁷⁹ STS de 24 de septiembre de 1999, Sala Civil, Sección 1ª (RJ/1999/7272)

²⁸⁰ STS de 5 de junio de 1998, Sala Civil, Sección 1ª (RJ/1998/4275)

²⁸¹ STS de 28 de marzo de 2012, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 4ª (TOL 2.517.936)

añade “en otras palabras, los gastos derivados de la crianza de los hijos no constituyen un daño en circunstancias normales; pero, cuando las circunstancias se separan de lo normal implicando una carga económica muy superior a la ordinaria, esta Sala entiende que puede haber daño y proceder la indemnización”. Por ello la Sala señalaba que “inexcusablemente ambos -daño moral y daño patrimonial- deben ir unidos si se pretende una reparación integral del daño (artículo 141. 1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre)”

La línea jurisprudencia seguida para la indemnización de estas situaciones ha sido la de lesión a la autonomía de la voluntad en su vertiente de libertad de procrear.

El *leading case* lo constituyó la Sentencia del Tribunal Constitucional 215/1994, de 14 de julio²⁸², relativa a la despenalización de la esterilización de incapaces.

En esta resolución, ajena a la materia que nos ocupa, el Tribunal Constitucional consideró que la despenalización no era contraria al artículo 10 CE ni al libre desarrollo de la personalidad de los interesados pues se trataba de proteger otros derechos como el de la integridad física y moral, permitiendo su libre ejercicio de la sexualidad sin necesidad de una vigilancia constante que podría ser contraria a su derecho a la libertad individual.

El Tribunal Constitucional entendía, en todo caso, que era necesario el consentimiento de los incapaces sobre su propia esterilización o la

²⁸² STC 215/1994, de 14 de julio, Pleno (TOL 82.620)

sustitución del mismo por otras medidas que protegieran sus derechos (solicitud de los representantes legales y resolución judicial con intervención del Ministerio Fiscal y dictamen de dos especialistas) y que ello era una expresión del libre desarrollo de la personalidad en su manifestación de libre decisión sobre la procreación.

En consonancia con este criterio del Tribunal Constitucional, la libre decisión sobre la procreación, una vez ejercitada en su vertiente negativa y adoptadas las medidas adecuadas para no tener hijos, incluso quirúrgicas, resulta vulnerada cuando dicha decisión resulta frustrada o contravenida por una actuación negligente.

Este es el criterio que viene adoptando en una jurisprudencia reiterada nuestro Tribunal Supremo desde la Sentencia de 3 de octubre de 2000²⁸³, en la que aseveraba:

“Esta Sala ha considerado que el concepto de daño evaluable a efectos de determinar la responsabilidad patrimonial de la Administración incluye el daño moral. Sin embargo, por tal no podemos entender una mera situación de malestar o incertidumbre -ciertamente presumible cuando de una operación de vasectomía con resultado inesperado de embarazo se trata-, salvo cuando la misma ha tenido una repercusión psicofísica grave. Tampoco puede considerarse como daño moral el derivado del nacimiento inesperado de un hijo, pues nada más lejos del daño moral, en el sentido ordinario de las relaciones humanas, que las consecuencias derivadas de la paternidad o maternidad.

²⁸³ STS de 3 de octubre de 2000, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 6ª (TOL 216.732)

Sin embargo, sí podría existir un daño moral, si concurriesen los requisitos necesarios, en el caso de que se hubiese lesionado el poder de la persona de autodeterminarse, lo que a su vez podría constituir una lesión de la dignidad de la misma. Esta dignidad es un valor jurídicamente protegido, pues, como dice el TC en la S 53/1985, 11 abr., FJ 8, «nuestra Constitución ha elevado también a valor jurídico fundamental la dignidad de la persona, que, sin perjuicio de los derechos que le son inherentes, se halla íntimamente vinculada con el libre desarrollo de la personalidad (art. 10) [...]». En efecto, como añade el TC, «la dignidad es un valor espiritual y *moral* inherente a la persona que se manifiesta singularmente en la autodeterminación consciente y responsable de la propia vida [...]».

No cabe duda de que el embarazo habido ha supuesto haberse sometido a una siempre delicada intervención quirúrgica que ha venido en definitiva a demostrarse como inútil y, por otra parte, la frustración de la decisión sobre la propia paternidad o maternidad y, con ello, ha comportado una restricción de la facultad de autodeterminación derivada del libre desarrollo de la personalidad, al que pertenecen también ciertas decisiones personalísimas en cuanto no afecten al *minimum* ético constitucionalmente establecido, como no puede menos de ser en un ordenamiento inspirado en el principio de libertad ideológica (art. 16 CE)».

2. *Wrongful birth*

Se trata en este caso de las acciones derivadas de diagnósticos prenatales erróneos o inexistentes en virtud de los cuales no se advirtió a los padres de

la existencia de un defecto o de una malformación en el feto impidiendo así la posibilidad de haber podido realizar una interrupción voluntaria del embarazo.

GALÁN CORTÉS²⁸⁴ define los diagnósticos prenatales como “el conjunto de procedimientos de que dispone la ciencia médica para diagnosticar un defecto congénito del feto”. Por su parte la Sociedad Española de Ginecología Obstetricia (SEGO)²⁸⁵ los considera como “las acciones dirigidas a descubrir durante el embarazo un defecto congénito, entendiendo este como toda anomalía en el desarrollo morfológico, estructural, funcional o molecular presente al nacer, externa o interna, familiar o esporádica, hereditaria o no, única o múltiple”.

El origen de las acciones de *wrongful birth* puede encontrarse tanto en una omisión de medios por no haber llevado a la práctica pruebas diagnósticas que hubieran permitido conocer dichas anomalías, como en una realización de todas las pruebas con comunicación a los progenitores de resultados equivocados o, incluso, con comunicación de los resultados correctos pero en un momento en el que legislación aplicable ya no permite la posibilidad de interrumpir el embarazo.

El daño indemnizable pivota, por lo tanto, en la imposibilidad de haber podido ejercitar el derecho a decidir sobre la continuidad o no del embarazo, circunstancia que entraña un problema evidente: es imposible conocer si, en

²⁸⁴ GALÁN CORTÉS, J. C.: *Responsabilidad médica y consentimiento informado*, Madrid, Civitas, 2001, pág. 327.

²⁸⁵ www.sego.es

el caso de haber sido puntual y adecuadamente informada de los riesgos en relación con las posibles enfermedades o anomalías de su hijo, la madre hubiera decidido o interrumpir su embarazo.

En estos casos nos encontraríamos ante una modalidad de aplicación de la doctrina de la pérdida de oportunidad²⁸⁶, extremo muy discutido en este tipo de acciones puesto que el elemento aleatorio inherente a la pérdida de oportunidad cede en este supuesto ya que la oportunidad perdida sería la interrupción del embarazo, extremo que, al quedar a decisión de la madre, excluiría la aleatoriedad impidiendo así la aplicación de esta teoría²⁸⁷.

Este criterio no puede ser compartido, pues equivaldría a considerar que la madre es dueña en todo momento de interrumpir su embarazo sin condicionamiento ni traba alguna, lo que no se corresponde con la realidad.

Lo que ocurre, en estos casos, es que el elemento de aleatoriedad no reside en la decisión de la madre, sino en si se produce o no una correcta, puntual y adecuada información sobre el resultado del diagnóstico prenatal, que es, en realidad, el hecho que puede abrir o no la posibilidad de

²⁸⁶ BERROCAL LANZAROT, A. I.: “A propósito de la responsabilidad civil médica. La teoría de la pérdida de oportunidad y del resultado daño desproporcionado”, en *Revista de la Escuela de Medicina Legal*, Universidad Complutense de Madrid, 2011, pág. 36.

²⁸⁷ LUNA YERGA, A.: “Oportunidades perdidas. La doctrina de la pérdida de oportunidad en la responsabilidad civil médico-sanitaria”, en *InDret Revista para el Análisis del Derecho* 02/05, núm. 288 págs. 13-15.

En el mismo sentido, ASENSI PALLARÉS, E. y CID-LUNA CLARES, I.: “La evolución de la doctrina de la pérdida de oportunidad en la responsabilidad médica”, en *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, núm. 8/2013, pág. 238.

interrupción del embarazo y que es completamente ajeno a la voluntad de la embarazada²⁸⁸.

Existen, no obstante, casos en los que la madre había manifestado expresamente durante el seguimiento ordinario del embarazo la voluntad de interrumpirlo en caso de que en el feto concurriera alguna anomalía, como ocurrió en el caso resuelto por el Tribunal Supremo en Sentencia de 19 de julio de 2007²⁸⁹, pues constaba que la madre había comunicado al médico que si el feto padecía síndrome de Down su voluntad era interrumpir el embarazo.

El Tribunal Supremo en Sentencia de 6 de junio de 1997²⁹⁰ condenó solidariamente a la Administración demandada y a la médico actuante en el caso de una mujer a la que no se le comunicaron los resultados de la amniocentesis, positivos para síndrome de Down, hasta dos meses después de haberse practicado la prueba, cuando ya había transcurrido el plazo legal para poder proceder a una interrupción voluntaria del embarazo: “Surge en este caso un perjuicio, como es el nacimiento de un ser que padece síndrome de Down; lo que se hubiera podido evitar dada la disposición de la madre a interrumpir el embarazo dentro de los parámetros normales”.

²⁸⁸ Para abundar en la explicación de la posibilidad de aplicar en estos casos la doctrina de la pérdida de oportunidad procede reflexionar sobre por qué nadie ha cuestionado su concurrencia en los casos en los que se considera que se ha privado al paciente de elegir otro u otros tratamientos alternativos distintos del aplicado, circunstancia que, como en el caso de la interrupción del embarazo, podría haber dependido exclusivamente del propio paciente pero que no dependió de él porque no se le facilitó la información precisa, hecho independiente de su voluntad y elemento aleatorio inherente a la pérdida de oportunidad.

²⁸⁹ STS de 19 de julio de 2007, Sala Civil, Sección 1ª (RJ/2007/4692)

²⁹⁰ STS de 6 de junio de 1997, Sala Civil, Sección 1ª (RJ/1997/4610)

Posteriormente, el Alto Tribunal en Sentencia de 7 de junio de 2002²⁹¹ no considera el nacimiento de un hijo con síndrome de Down como daño, sino que examina si un defecto de información pudo producir o no daño, lo que conecta con la relación de causalidad:

“Aun detectadas a través de las pruebas pertinentes las malformaciones que presentaba el feto, el evitar que el nacido estuviera afectado por ellas, no está al alcance de la ciencia médica y de los conocimientos de genética actuales, por lo que la presencia del síndrome de Down en el hijo de los actores no es imputable al médico que atendió a la gestante. El establecer una relación de causalidad directa entre el incumplimiento por el codemandado de su deber de información de la existencia de pruebas médicas por medio de las cuales apreciar el estado del feto, y la privación a aquélla de su facultad de optar por la interrupción del embarazo, no está basada sino en meras conjeturas, pues como declara probado la sentencia de primera instancia, sin que ello se contradiga por la de apelación "la Sra. R. en ningún momento quiso abortar"; no existe prueba alguna en autos de la que pueda deducirse que, de haber conocido la gestante el estado del feto, hubiera decidido interrumpir su embarazo. No puede afirmarse, por tanto, que exista una relación directa entre la falta de información por el médico y el que la gestante no optase por poner fin al embarazo mediante el aborto. El hecho de que aquélla manifestase al médico su preocupación, dadas sus condiciones personales, no supone que, de haber conocido que el feto presentaba el referido síndrome, necesariamente se hubiera decantado por la interrupción del embarazo. Al no existir, por tanto, una relación de causa a efecto entre la conducta

²⁹¹ STS de 7 de junio de 2002, Sala Civil, Sección 1ª (TOL 4.975.726)

atribuida al médico demandado y el daño producido, procede la estimación del motivo”.

La responsabilidad en los casos de aplicación de técnicas de diagnóstico prenatal como explica GALÁN CORTÉS²⁹², puede traer causa de:

- Errores u omisiones en la información facilitada a los padres, es el supuesto más frecuente de reclamación: no haber informado a la embarazada de la posibilidad de afectación del feto por alguna enfermedad.
- Fallos en la toma de muestras que pueden ocasionar daño o interrupción del embarazo –especialmente, en la práctica de la amniocentesis-.
- Error –salvable o insalvable- en la interpretación de los resultados –especialmente por la existencia de falsos positivos y falsos negativos-

3. *Wrongful life*

Se trata de las acciones interpuestas en nombre y representación del propio menor nacido con las patologías o discapacidades no detectadas o no informadas. El daño que se invoca es la propia vida en condiciones de penosidad derivada de las anomalías congénitas y, en ocasiones, el mismo

²⁹² GALÁN CORTES, J. C.: *Responsabilidad médica y consentimiento informado*, Madrid, Civitas, 2001, pág. 326.

hecho de la vida por entender que hubiera sido preferible no haber nacido con dichas anomalías.

En nuestro ordenamiento jurídico la jurisprudencia no admite el hecho del nacimiento ni de la vida como un daño, por lo que no lo considera indemnizable. Así lo estableció nuestro Tribunal Supremo en Sentencia de 5 de junio de 1998²⁹³:

“La vida humana es un bien precioso en cualquier sociedad civilizada, cuyo ordenamiento jurídico la protege ante todo y sobre todo. No puede admitirse que el nacimiento de hijos no previstos sea un mal para los progenitores”.

Así, en la Sentencia del Tribunal Supremo de 18 de diciembre de 2003²⁹⁴ en la que los actores eran los padres del menor, actuando tanto en nombre propio como en representación de su hijo, solo se considera daño el infligido a los padres y este es, pues, el único que se indemniza.

Del mismo modo, en la Sentencia de 23 de noviembre de 2007²⁹⁵ expresa:

“El daño ocasionado por esta falta de información afecta en exclusiva a los padres demandantes a los que se ha ocasionado un daño moral al verse privados de la información necesaria para poder tomar de forma adecuada

²⁹³ STS de 5 de junio de 1998, Sala Civil, Sección 1ª (RJ/1998/4275)

²⁹⁴ STS de 18 de diciembre de 2003, Sala Civil, Sección 1ª (RJ/2003/9302)

²⁹⁵ STS de 23 de noviembre de 2007, Sala civil, Sección 1ª (RJ/2008/24)

sus decisiones. Debe descartarse que se haya producido un daño a la menor, ya que esta Sala ha venido considerando, desde la Sentencia de 5 de junio de 1998, que no puede admitirse que este tipo de nacimientos sea un mal en sí mismo”.

De acuerdo con la jurisprudencia mayoritaria, no puede reconocerse legitimación al hijo para reclamar, pues ello implicaría reconocer el nacimiento en sí mismo como un daño, lo que parece que encuentra rechazo en nuestros tribunales que atienden a la hora del resarcimiento al daño moral y patrimonial causado a los padres.

En este sentido puede citarse la Sentencia del Tribunal Supremo de 6 de julio de 2007²⁹⁶ en la que no se reconoce la petición de indemnización a favor del hijo menor al considerar la Sala que se trata de “una situación que afecta exclusivamente a los padres”.

En esta misma línea la Sentencia de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Supremo de 4 de noviembre de 2008²⁹⁷ señala lo siguiente:

“Conviene destacar que el nacimiento de un hijo no puede considerarse un daño, pues no cabe en el ordenamiento español lo que, en terminología inglesa, se denomina *wrongful birth*. No hay nacimientos equivocados o lesivos, ya que el artículo 15 de la Constitución implica que toda vida humana es digna de ser vivida”.

²⁹⁶ STS de 6 de julio de 2007, Sala Civil, Sección 1ª (TOL 1.116.555)

²⁹⁷ STS de 4 de noviembre de 2008, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 6ª (TOL 1.401.291)

También es la doctrina seguida por la Sentencia de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Supremo de 29 de junio de 2011²⁹⁸ cuando considera que:

“La existencia del menor y las limitaciones que al mismo condicionan no pueden imputarse a la actuación de la Administración” y añade que esas limitaciones que le afectan “constituyen aspectos de su existencia que le convierten en diferente, pero no por eso menos valioso para quienes le rodean y para la sociedad”. La sentencia acaba recordando la doctrina señalada de que “no hay nacimientos equivocados o lesivos”.

Como caso paradigmático de *wrongful life* podemos mencionar el “caso Perruche”²⁹⁹: la reclamante habiendo sufrido una infección de rubeola mientras estaba embarazada pidió un diagnóstico prenatal con objeto de conocer si su hijo había quedado afectado por dicha enfermedad, porque, de ser así, había decidido abortar. Los resultados comunicados de las pruebas fueron negativos a la existencia de anomalía alguna, por lo que la madre continuó con su embarazo que, llegado a término, concluyó con el alumbramiento de un niño con graves anomalías. Los padres obtuvieron para su hijo una indemnización por *wrongful life*. El caso dio lugar a una modificación en la legislación francesa en 2002 que prohibió expresamente las indemnizaciones por *wrongful life*.

²⁹⁸ STS de 29 de junio de 2011, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 4ª (TOL 2.188.364)

²⁹⁹ Citado por SERRANO MOLINÉS, E.: *Responsabilidad civil médica por diagnósticos preconceptivos y prenatales*, Trabajo de Fin de Grado de la Facultad de Derecho de la Universidad de Zaragoza, (<https://zaguan.unizar.es>)

Una vez más nos encontramos con una gran variedad de criterios. Así, hay veces en las que se indemniza un daño moral, otras veces una pérdida de oportunidad que a la hora de evaluar la cuantificación se transforma también en daño moral y hasta en alguna ocasión se han indemnizado los daños patrimoniales derivados de la crianza del hijo. Por ello se confirma de nuevo la conveniencia de elaboración de un baremo sanitario que permita homogeneizar los criterios para establecer el cálculo de las indemnizaciones.

CAPÍTULO IV. PERJUICIO ESTÉTICO

1. Concepto

Para MEDINA CRESPO³⁰⁰ perjuicio estético ha de definirse “encajando en la dimensión biológica del daño corporal; y, sobre esta base, deben aquilatarse sus consecuencias, constituidas, de un lado, por el daño moral que produce con carácter necesario, manifestado subjetivamente en el sufrimiento (dolor, malestar, turbación, pesar, angustia o aflicción) que causa y, de otro, por el daño patrimonial, consistente en la frustración de los ingresos económicos que el lesionado obtendría, de no haberlo sufrido, y que deja de obtener debido a su nuevo estado fisonómico”.

Parece evidente la dificultad de evaluar el perjuicio estético por depender excesivamente de las circunstancias individuales y propias del perjudicado. Sin embargo, la objetivación valorativa es una exigencia que ha de compaginarse con la personalización del daño causado lo que implica como presupuesto la medición de dicho daño estético.

Podemos considerar que el perjuicio estético tiene una naturaleza bifronte: por un lado, se integra en el concepto de daño biológico, porque es un menoscabo de la integridad física de la persona; por otro lado, carece de relevancia orgánica o funcional, pese a lo cual se considera que es un daño

³⁰⁰ MEDINA CRESPO, M.: “El resarcimiento del perjuicio estético”, en *II Congreso Nacional de Responsabilidad Civil y Seguro*, Córdoba, 2001 (<http://civil.udg.edu/cordoba/pon/medina.htm>)

y, como tal, resarcible, pero no por su condición de daño biológico, sino por su consecuencia, lo que motiva su indemnización de forma autónoma y más en relación con el daño moral que con el daño corporal que realmente es.

En este sentido, la evaluación del perjuicio estético conlleva un componente más subjetivo que el de la lesión o secuela, que es igual en todos los perjudicados que sufran la misma, a diferencia de daño estético que depende de la persona perjudicada y de sus circunstancias, con especial relevancia de su profesión.

CRIADO DEL RÍO³⁰¹ expresa así que la valoración del daño estético: “Se trata de valorar un daño objetivable, cuya apreciación es subjetiva” y para ello es necesario que el daño sea definitivo y la utilización de un método descriptivo que considere:

- Las características externas de la secuela.
- En su caso (daño dinámico), repercusión negativa en uno o varios gestos o movimientos.
- Frecuencia de la utilización del gesto o movimiento.
- Localización, en cuanto factor fundamental determinante de su visibilidad.

GARCÍA BLÁZQUEZ³⁰² defiende la diferencia entre perjuicio estético y cicatriz, que suelen confundirse, subrayando que el perjuicio estético puede

³⁰¹ CRIADO DEL RÍO, M. J.: *Valoración médico legal del daño a la persona. Valoración del daño corporal. Tomo II. Doctrina médico legal de valoración de daños personales*, Madrid, Colex, 2010

³⁰² GARCÍA BLÁZQUEZ, M., FERNÁNDEZ NOGUERAS, V., REGIDOR MARTÍNEZ, M. J. y REINER PALMA, E.: *Diccionario teminológico y de valoración de secuelas*

ser tanto estático como dinámico y que las amputaciones, con o sin implantación de prótesis, las incapacidades para caminar o las disminuciones de movilidad y que necesiten de bastones, sillas de ruedas u otras ayudas, incluyendo prótesis auditivas u oftalmológicas, por ejemplo.

El artículo 101.1 del nuevo baremo aprobado por la Ley 35/2015, de 22 de septiembre define el perjuicio estético: “El perjuicio estético consiste en cualquier modificación que empeora la imagen de la persona. Es un perjuicio distinto del psicofísico que le sirve de sustrato y comprende tanto la dimensión estática como la dinámica”.

Según explica MEDINA CRESPO³⁰³ “para medir la intensidad del perjuicio estético, en su dimensión estática, la doctrina divide el cuerpo en seis zonas:

- Zona supervisible de la cara.
- Zonas siempre descubiertas (manos, cuello, piernas en la mujer).
- Zonas visibles con frecuencia (brazos, cuero cabelludo).
- Zonas visibles en la práctica de deportes (tórax, abdomen, piernas en el hombre).
- Zonas visibles en caso de desnudez (nalgas, pubis, caras internas de los muslos).
- Zonas raramente visibles (plantas de los pies, huecos axilares)”

recogidas en la Ley 30/1995. Daños corporales en los accidentes de circulación, Granada, Comares, 1999, pág. 616.

³⁰³ MEDINA CRESPO, M.: “El resarcimiento del perjuicio estético”, en *II Congreso Nacional de Responsabilidad Civil y Seguro*, Córdoba, 2001 (<http://civil.udg.edu/cordoba/pon/medina.htm>)

En relación con la discusión de la diversa valoración en función del sexo del perjudicado, VICENTE DOMINGO³⁰⁴ sostiene que el perjuicio estético, como daño extrapatrimonial, debe ponderarse sin distinción alguna por razón sexual, sin perjuicio de la indemnización que pudiere corresponder por su repercusión económica laboral, que deberá indemnizarse de forma independiente como daño patrimonial.

Así pues, en la valoración del perjuicio estético debe primar la objetividad, considerando las circunstancias subjetivas pero sin admitir discriminación, ni por razón del sexo, como ya hemos visto, ni por razones de índole social.

No obstante no puede considerarse que exista discriminación por la ponderación de las circunstancias personales del lesionado con la finalidad de calcular la medida del daño moral impropio -indirectamente económico- ocasionado por el perjuicio y, en su caso, el derivado daño patrimonial.

El perjuicio estético, como se expresaba más arriba, puede estar ligado o no a una secuela funcional, pero, en todo caso, es un daño independiente del estricto perjuicio fisiológico.

³⁰⁴ VICENTE DOMINGO, E.: *Los daños corporales: tipología y valoración*, Barcelona, Bosch, 1994, pág. 298

En ocasiones, por tanto, puede concurrir una doble naturaleza: por ejemplo, la pérdida de un miembro, que conlleva un innegable menoscabo funcional, conlleva también una alteración de signo estético³⁰⁵.

Por este motivo se ha de indemnizar de forma autónoma, con independencia, a su vez, del resarcimiento que corresponda por las consecuencias pecuniarias, ligadas a un lucro cesante.

El daño estético se puede clasificar, por lo tanto. en:

- Secuelas puramente estéticas.
- Secuelas vinculadas una secuela funcional, en cuyo caso ha de valorarse ésta y separadamente la repercusión estética. GARCÍA BLÁZQUEZ y MARA³⁰⁶ subrayan que las amputaciones, aparte su dimensión anatómico-funcional, tienen una enorme importancia en su dimensión estética, sin que una absorba a la otra, por lo que han de valorarse separadamente.

En la misma línea estos autores consideran que secuelas como la cojera, la mastectomía, las parálisis faciales y las ptosis palpebrales (caída permanente del párpado superior) integran un perjuicio estético valorable con independencia de la funcionalidad de los correspondientes miembros, al igual que las amputaciones o la pérdida de un ojo.

³⁰⁵ VICENTE DOMINGO, E.: *Los daños corporales: tipología y valoración*, Barcelona, Bosch, 1994, pág. 207.

³⁰⁶ GARCÍA-BLÁZQUEZ PÉREZ, M. y MARA GARCÍA-BLÁZQUEZ, C.: *Nuevo manual de Baremación del Daño Corporal*, Granada, Comares, 2013, págs. 30 y ss.

2. La medición del perjuicio estético

En orden a valorar el daño estético es preciso esclarecer de forma preliminar si el perjuicio estético se ha de medir computando cada una de las secuelas estéticas o de forma global.

El criterio expresado por CRIADO DEL RÍO³⁰⁷ es que la medición debe efectuarse con una valoración conjunta de todas las circunstancias para determinar el grado el perjuicio (leve, moderado o grave) y, posteriormente, indicar la puntuación que corresponda a su integridad. Es decir, no debe puntuarse independientemente cada elemento determinante del perjuicio estético, sino que debe efectuarse una puntuación global atendiendo al resultado estético final.

GARCÍA BLÁZQUEZ, FERNÁNDEZ NOGUERAS, REGIDOR MARTÍNEZ y REINER PALMA³⁰⁸ difieren parcialmente de la propuesta metodológica anterior y proponen una determinación vertebradora del perjuicio estético, pero sin incurrir en una atomización exagerada. Así, consideran que, en el caso de existencia de cicatrices, procede una

³⁰⁷ CRIADO DEL RÍO, M. J.: *Valoración médico legal del daño a la persona. Valoración del daño corporal. Tomo II. Doctrina médico legal de valoración de daños personales*, Madrid, Colex, 2010.

³⁰⁸ GARCÍA BLÁZQUEZ, M., FERNÁNDEZ NOGUERAS, V., REGIDOR MARTÍNEZ, M. J. y REINER PALMA, E.: *Diccionario teminológico y de valoración de secuelas recogidas en la Ley 30/1995. Daños corporales en los accidentes de circulación*, Granada, Comares, 1999, pág. 617.

valoración global y no una individual de cada señal, peor si los daños estéticos no son homogéneos entienden que procede una valoración independiente de cada uno.

La regla 5 del TRLRCSCVM disponía: “La puntuación del perjuicio estético se ha de realizar mediante la ponderación de su significación conjunta, sin que se pueda atribuir a cada uno de sus componentes una determinada puntuación parcial”.

Por su parte, el nuevo baremo en el artículo 102 indica las reglas de medición del perjuicio estético:

“1. La medición del perjuicio estético se realiza mediante la asignación de una horquilla de puntuación a cada uno de los grados teniendo en cuenta, de modo particular, los factores siguientes:

- a) el grado de visibilidad ordinaria del perjuicio,
- b) la atracción a la mirada de los demás,
- c) la reacción emotiva que provoque y
- d) la posibilidad de que ocasione una alteración en la relación interpersonal del perjudicado.

2. Los grados de perjuicio estético, ordenados de mayor a menor, son los siguientes:

- a) Importantísimo, que corresponde a un perjuicio estético de enorme gravedad, como el que producen las grandes quemaduras, las grandes

pérdidas de sustancia y las grandes alteraciones de la morfología facial o corporal.

b) Muy importante, que corresponde a un perjuicio estético de menor entidad que el anterior, como el que produce la amputación de dos extremidades o la tetraplejia.

c) Importante, que corresponde a un perjuicio estético de menor entidad que el anterior, como el que produce la amputación de alguna extremidad o la paraplejia.

d) Medio, que corresponde a un perjuicio estético de menor entidad que el anterior, como el que produce la amputación de más de un dedo de las manos o de los pies, la cojera relevante o las cicatrices especialmente visibles en la zona facial o extensas en otras zonas del cuerpo.

e) Moderado, que corresponde a un perjuicio estético de menor entidad que el anterior, como el que producen las cicatrices visibles en la zona facial, las cicatrices en otras zonas del cuerpo, la amputación de un dedo de las manos o de los pies o la cojera leve.

f) Ligero, que corresponde a un perjuicio estético de menor entidad que el anterior, como el que producen las pequeñas cicatrices situadas fuera de la zona facial.

3. Los perjuicios estéticos no mencionados en los distintos grados señalados en el apartado anterior se incluyen en el grado que corresponda en atención a su entidad, según criterios de proporcionalidad y analogía”.

3. La limitación en puntos del perjuicio estético

Otra cuestión relevante, en esta materia, es el diferente valor de los puntos de perjuicio estético en relación con los puntos de perjuicio funcional u orgánico.

En efecto, los puntos del perjuicio fisiológico son la expresión de un porcentaje de menoscabo psicofísico y la asignación de un determinado número de puntos lo que significa es que se considera que las secuelas implican una disminución del perjudicado en su funcionalidad en el porcentaje equivalente a dichos puntos, por ejemplo, si las secuelas implican una adjudicación final de 20 puntos, se está afirmando que el patrimonio biológico del lesionado ha quedado disminuido en un 20 por ciento.

En el caso del perjuicio estético, sin embargo, la indemnización no es en base cien, sino en base cincuenta, por lo que la valoración del punto de perjuicio estético es la mitad que la del punto por daño psicofísico.

4. Concurrencia de perjuicio estético y lesiones o secuelas

Otra de las cuestiones controvertidas en la valoración del daño estético es si procede vincularlo a la gravedad de un perjuicio fisiológico en caso de que ambos concurren.

MEDINA CRESPO³⁰⁹ se muestra contrario a esta posibilidad y considera que “la suma aritmética a que hace referencia el párrafo final de la regla explicativa del sistema de puntuación por lesiones concurrentes no está constituida por la suma de los puntos (porcentajes) de las lesiones funcionales y de las estéticas, sino por la suma aritmética de las respectivas indemnizaciones básicas, previa valoración separada de aquellas puntuaciones, con aplicación de la tabla III a cada grupo de secuelas. Se aplica, pues, la regla de la suma aritmética, pero entendida, no como suma aritmética de cada una de las puntuaciones finales –la del perjuicio fisiológico y la del perjuicio estético–, sino como suma aritmética de las sumas correspondientes a esas puntuaciones definitivas”.

De acuerdo con este planteamiento, hay que efectuar dos valoraciones diferentes, sin realizarse la adición de puntuaciones: se calcula, por un lado, la cantidad correspondiente a la puntuación de las lesiones funcionales y, por otro, la pertinente para la puntuación de las lesiones estéticas, posteriormente, se adicionan los resultados de las anteriores sumas, dando lugar a la indemnización básica total.

³⁰⁹ MEDINA CRESPO, M.: “El resarcimiento del perjuicio estético”, en *II Congreso Nacional de Responsabilidad Civil y Seguro*, Córdoba, 2001 (<http://civil.udg.edu/cordoba/pon/medina.htm>)

Por su parte, XIOL RÍOS³¹⁰ se muestra contrario a este planteamiento, pues lo considera contrario al tenor literal del sistema legal de puntuación y afirma que resulta razonable que el perjuicio estético, como deformidad que dificulta la actividad social y la convivencia, sea puntuado de un modo superior cuando se presente acumulado a una deficiencia orgánica³¹¹.

La aprobación del nuevo baremo ha venido a confirmar el criterio de MEDINA al disponer en el artículo 103.1: “Si un perjuicio psicofísico, orgánico y sensorial permanente comporta, a su vez, la existencia de un perjuicio estético, se fija separadamente la puntuación que corresponde a uno y a otro, sin que la asignada a la secuela psicofísica, orgánica y sensorial incorpore la ponderación de su repercusión antiestética”.

5. Influencia de las circunstancias de edad y sexo de la víctima en la valoración

El Sistema español ICEA 1990 construyó una escala de nueve grados, similar a la elaborada para la valoración del dolor:

³¹⁰ XIOL RÍOS, J. A.: “La valoración del daño corporal. En especial, el perjuicio estético”, en *Curso de plan de formación de Jueces y Magistrados: Responsabilidad civil y seguro de la circulación vial*, San Sebastián, Consejo General del Poder Judicial y Gobierno Vasco, 2000.

³¹¹ Criterio que implica que no solo se valore el daño estético sino algún concepto más, que no acaba de definirse y que podría entenderse como una afectación de la capacidad relacional de las personas, lo que constituye otro tipo de daño y, por eso mismo, valorarlo como perjuicio estético podría no ajustarse bien al principio de indemnización vertebrada.

| DAÑO ESTÉTICO | PUNTOS | |
|---------------------|--------|-------|
| | HOMBRE | MUJER |
| Mínimo | 1-2 | 1-2 |
| Muy ligero | 2-3 | 2-4 |
| Ligero | 2-4 | 3-5 |
| Moderado | 3-5 | 4-7 |
| Medio | 4-7 | 5-10 |
| Bastante importante | 5-10 | 6-16 |
| Importante | 6-13 | 7-19 |
| Muy importante | 7-16 | 20 |
| Considerable | >16 | >20 |

CRIADO DEL RÍO³¹² dice en este sentido que, si se tomasen en consideración las instrucciones que contiene la regla del recuadro, la misma alteración estética de un hombre y de una mujer dará lugar a la misma cualificación de grado, pero con adjudicación de más puntos a la mujer; y por eso afirma que la regulación del perjuicio estético es discriminatoria.

Resulta inexplicable que si tales circunstancias son relevantes para el perjuicio estético de determinada entidad no lo sean para el de cualquier entidad, como ocurre con el perjuicio estético mínimo.

En el baremo de la LRCSCVM de 1995 ya no se contemplaba una diferencia de puntuación relacionada con el sexo y la tabla quedó:

³¹² CRIADO DEL RÍO, M. J.: *Valoración médico legal del daño a la persona. Valoración del daño corporal. Tomo II. Doctrina médico legal de valoración de daños personales*, Madrid, Colex, 2010

| PERJUICIO ESTÉTICO (SECUELA) | PUNTUACIÓN |
|---------------------------------|------------|
| Ligero | 1-4 |
| Moderado | 5-7 |
| Medio | 8-10 |
| Importante | 11-14 |
| Muy importante | 15-20 |
| Considerable | >20 |

Con la reforma del TRLRCSCVM de 2004 se cambió de nuevo, así, la regla de aplicación octava explicita: “Ni la edad ni el sexo de la persona lesionada se tendrán en cuenta como parámetros de la medición de la intensidad del perjuicio estético”.

| PERJUICIO ESTÉTICO (SECUELA) | PUNTUACIÓN |
|---------------------------------|------------|
| Ligero | 1-6 |
| Moderado | 7-12 |
| Medio | 13-18 |
| Importante | 19-24 |
| Bastante importante | 25-30 |
| Importantísimo | 31-50 |

Un asunto especialmente controvertido era el elemento de la edad del perjudicado puesto que las tablas, al igual que ahora, ya comprendían la edad como elemento determinante de la cantidad de puntos a asignar, así pues, constituiría una doble ponderación de esta circunstancia haberla

considerado también para la valoración de cada punto, lo que podría repercutir en una doble valoración favorable para el perjudicado joven pero desfavorable para el de edad más avanzada.

El baremo anterior contenía una regla explicativa: "para las situaciones especiales con deformidad o cicatrices visibles importantes, la puntuación se determinará teniendo en cuenta la edad y sexo de la persona, así como la incidencia en su imagen para la profesión habitual" y se añade: "se valorará también el coste de las necesarias intervenciones de cirugía plástica reparadora".

El nuevo baremo en su artículo 103.3 establece que "Ni la edad ni el sexo de la persona lesionada se tendrán en cuenta para medir la intensidad del perjuicio estético".

Sin embargo, en el apartado 5 del mismo precepto establece: "La puntuación establecida se lleva a la tabla 2.A.2 que fija el valor económico del perjuicio estético en función de la edad del lesionado de acuerdo con lo previsto en el artículo 104.5".

Lo importante de la ponderación del perjuicio estético radica en que éste, a diferencia de lo que sucede con el funcional, se valora con base en criterios extrafisiológicos, personales y sociales, aunque sin la consideración de su posible repercusión económica.

6. La cirugía estética

Otro de los problemas suscitados en el estudio del daño estético era si procedía admitir la compatibilidad de la indemnización básica del perjuicio estético con el coste de las intervenciones realizadas para su corrección.

Pero este tema tampoco ha resultado ajeno a la polémica:

MEDINA CRESPO³¹³ consideraba que “salvo que esas intervenciones se produzcan de forma inmediata, con ocasión del tratamiento curativo del lesionado (no ligado naturalmente a una corrección estética, sino a la estricta curación), entiendo que si, obtenida la sanidad, restan secuelas de sentido estético, ha de efectuarse su valoración con atribución de los puntos procedentes para determinar una indemnización básica que es compatible con el coste de las intervenciones de cirugía plástica reparadora, sin que la previsión o práctica de esta intervención haya de suponer la anulación o negativa de aquélla, aunque se trate de un perjuicio estético que, a la postre, ha tenido un carácter temporal”.

Otros autores se cuestionaban lo anterior con la siguiente reflexión: si el daño ha sido indemnizado y, por lo tanto, reparado ¿no constituye una doble indemnización asumir también el coste de la cirugía reparadora? O lo que es lo mismo: si el daño es reparable quirúrgicamente y el coste de dicha cirugía

³¹³ MEDINA CRESPO, M.: “El resarcimiento del perjuicio estético”, en *II Congreso Nacional de Responsabilidad Civil y Seguro*, Córdoba, 2001 (<http://civil.udg.edu/cordoba/pon/medina.htm>)

es indemnizable ¿por qué hay que reparar de otro modo el perjuicio estético?

Para CRIADO DEL RÍO³¹⁴ el daño estético debía indemnizarse tomando en cuenta el tiempo transcurrido desde que el perjuicio se produjo hasta que tuvo lugar la corrección y añade que la permanencia de la alteración estética se produce con la consolidación médico legal de las lesiones, fijándose entonces como definitiva, aunque sea susceptible de corrección mediante cirugía reparadora. Además, la indemnización por el perjuicio estético es perfectamente compatible con la valoración de las intervenciones quirúrgicas necesarias para corregirlo, con independencia de que el lesionado acuda o no a ellas

Otra cosa es que, al valorarse la secuela estética, debiera ponderarse la susceptibilidad o no de corrección, para atribuir mayor puntuación a la incorregible y, por tanto, necesariamente permanente.

La regla 6 del baremo del TRLRCSCVM resolvió la cuestión al disponer: “El perjuicio estético es el existente en el momento de la producción de la sanidad del lesionado (estabilización lesional), y es compatible su resarcimiento con el coste de las intervenciones de cirugía plástica para su corrección. La imposibilidad de corrección constituye un factor que intensifica la importancia del perjuicio”

Por su parte el nuevo baremo aprobado por la Ley 35/2015 en su artículo 101.4 dispone de forma indubitada que “4. El resarcimiento del perjuicio

³¹⁴ CRIADO RÍO, M. J.: *Valoración médico legal del daño a la persona. Valoración del daño corporal. Tomo III. Derecho penal, civil y mercantil*, Madrid, Colex, 2010.

estético es compatible con el del coste de las intervenciones de cirugía plástica necesarias para su corrección”.

7. El lucro cesante originado por perjuicio estético

En ocasiones la actividad laboral o profesional de la víctima se puede ver alterada por el daño estético y ello puede ocurrir con diversa intensidad: hay profesiones en las que la presencia estética es imprescindible (modelos, actores, etc.), otras en las que es conveniente (vendedores, agentes) y otras en las que es irrelevante.

En caso de que el daño estético implique la pérdida de la profesión que se desempeña, es incuestionable que ello conlleva un lucro cesante que debe ser indemnizado. En tales ocasiones el cálculo de dicha indemnización ha de ser independiente del perjuicio estético.

CONCLUSIONES: LA NECESIDAD DE UN BAREMO PARA LA VALORACIÓN DE DAÑOS CAUSADOS EN LA ASISTENCIA SANITARIA

1. En el daño causado por la Administración sanitaria concurre toda la clasificación posible de daños.

Con carácter habitual se producen daños extrapatrimoniales consistentes en lesiones físicas y secuelas, pero también daños morales derivados del propio sufrimiento físico o que pueden ser infligidos directamente, como en los casos de omisión del consentimiento informado.

Después de haberse producido una lesión de carácter temporal o una secuela física, incluso un agravamiento del estado de salud o un deterioro en la calidad de vida del enfermo, lo más probable es que la restitución al estado de salud anterior a dicho daño no sea posible.

La irreemplazable naturaleza de los elementos del cuerpo humano, como los miembros o los órganos y, desde luego, de la vida humana, son el punto de partida que fundamenta la necesidad de una búsqueda de instrumentos que faciliten o acerquen en alguna medida la posibilidad de un resarcimiento que sea real, suficiente y equitativo en relación con daños corporales de naturaleza similar y producidos en situaciones homogéneas. Y ello a pesar de las evidentes dificultades inherentes a esta tarea o, precisamente, a causa de ellas.

Las lesiones son, por definición, de carácter temporal y por ello, a efectos de su valoración, resulta sumamente relevante el tiempo de curación pues cuanto más tarde en curarse el daño mayor será el importe indemnizatorio.

En este aspecto es preciso tener en cuenta factores de carácter subjetivo y atender a la casuística, pues la indemnización debe ser modulada si el retraso en la curación es o no imputable al servicio sanitario o si el propio perjudicado ha contribuido a dicho retraso, por ejemplo, no siguiendo las pautas prescritas por los facultativos.

Las secuelas, por su parte, son de carácter definitivo y los tratamientos que se aplican para aminorar sus efectos sobre la vida de los pacientes son, justamente, paliativos y no curativos.

Desde el punto de vista de la valoración del daño, lo relevante en las secuelas es su repercusión sobre la funcionalidad del afectado y cómo interfiere aquella en su vida cotidiana y, muy especialmente, en su actividad laboral o profesional.

Esa valoración a menudo tendrá carácter subjetivo, pues dependerá del médico perito que valore la funcionalidad del paciente y de esto mismo en cuanto a la manifestación de la capacidad residual que implique la secuela. Sin perjuicio de ello, no cabe obviar la existencia de pruebas diagnósticas concretas que permiten detectar de forma objetiva la existencia o no de una lesión que pueda conllevar o producir una secuela; por ejemplo, un electromiograma pone de manifiesto la presencia o ausencia de una lesión neurológica, la cual puede ocasionar dolor con independencia de que el paciente lo manifieste o no.

A estas dificultades de carácter práctico se suma, como indicábamos al principio, la complicación de conseguir la reposición de la integridad física y la imposibilidad de hacerlo con la vida humana.

Es indudablemente cierto que en muchas ocasiones la *restitutio in integrum* no será posible, pero no es menos cierto que siempre es posible una compensación económica.

A los daños puramente físicos ocasionados por la actuación sanitaria puede sumarse el daño moral que supone la aflicción derivada del acaecimiento del daño, cuya valoración se presenta aún más compleja que la del daño corporal.

Por último, también se producen daños patrimoniales, en su clásica distinción de daño emergente –gastos de farmacia, desplazamiento, etc.- y de lucro cesante, que puede tener manifestaciones más variadas y complejas que las de los ingresos dejados de percibir por el tiempo de duración de la lesión.

Así, dentro del concepto de lucro cesante se han considerado los deterioros de la situación económica de las personas dependientes de la víctima.

Por otro lado, dentro del concepto de daño emergente se han indemnizado, en alguna ocasión, los gastos de crianza de un hijo no deseado pero concebido por el mal funcionamiento de la práctica de métodos anticonceptivos aplicados por la Administración sanitaria o por una deficiencia en la información suministrada a los pacientes.

2. La indemnización de los daños ocasionados por la asistencia sanitaria cumple una función reparadora en su vertiente de compensación ante la imposibilidad de restituir al paciente a su estado de salud anterior. Así, lo

que se busca es el resarcimiento de carácter patrimonial que permita al perjudicado compensar el daño con otras experiencias positivas-.

La dificultad consiste en cuantificar, precisamente, los daños de mayor gravedad: grandes invalideces, estados vegetativos o la muerte de seres queridos.

Una dificultad adicional a la expuesta y que merece ser subrayada es la de evitar el enriquecimiento injusto, es decir, que el daño pueda resultar beneficioso, ni para quien lo inflige ni para quien lo sufre. El principio de reparación integral, del mismo modo que implica la indemnización completa del daño proscribiendo su minusvaloración, ha de evitar la sobrevaloración del perjuicio.

3. En la indemnización del daño corporal se han manifestado dos posibles sistemas: el sistema empírico y el sistema de baremos.

El sistema empírico se practica con el examen clínico del perjudicado para valorar las lesiones y/o secuelas. Se fundamenta, por lo tanto, en la evaluación subjetiva, bien del forense o perito, bien del órgano decisor aconsejado o asesorado por aquellos. El sistema empírico es el sistema de aplicación en los ordenamientos jurídicos anglosajones.

El sistema de baremos, por su parte, parece ser el sistema de elección en el ordenamiento continental. Se basa en una relación de valores asignada a un determinado daño que se vincula a su vez con un valor económico.

La distinción teórica es de gran validez jurídica; sin embargo, su aplicación en la práctica no lo es tanto. En realidad, la consideración de los

baremos existentes en los Estados de nuestro entorno, más concretamente, en los Estados miembros de la Unión Europea, como únicamente de carácter orientativo, ha conducido a su inaplicación o a una aplicación tan dispar y heterogénea que, en la práctica, poco, apenas nada, se diferencia de un sistema empírico.

En este contexto, en toda la Unión Europea el único baremo de aplicación preceptiva para los órganos jurisdiccionales existe en nuestro ordenamiento y es el denominado baremo de tráfico, que ya desde la Ley 30/1995, de 8 de noviembre, de Ordenación y Supervisión del Seguro Privado venía teniendo una aplicación continuada en nuestro país a raíz de la aprobación de la LRCSCVM. Este carácter vinculante se ha conservado tras la reforma efectuada por el Real Decreto Legislativo 8/2004, de 29 de octubre por el que se aprueba el TRLRCSCVM y, más recientemente, por la Ley 35/2015, de 22 de septiembre.

Esta última Ley supone una auténtica reforma del baremo, al incluir el denominado “baremo médico” para la valoración del daño corporal derivado de los accidentes de circulación. Esta denominación es confusa y que induce a error, pues sugiere que está relacionada con un baremo para la valoración del daño corporal derivado de las actuaciones médicas, lo que no es el caso, ya que viene a sustituir a las tablas del anexo del TRLRCSCVM para las lesiones y secuelas derivadas de los accidentes de tráfico pero no guarda relación alguna con los daños producidos en el entorno sanitario y por causa de la aplicación de técnicas o tratamientos médicos.

Pese a que España es el único Estado miembro de la Unión Europea que cuenta con un baremo preceptivo para los lesionados en accidentes de

circulación y que, como ha quedado expuesto en esta tesis, los órganos jurisdiccionales de otros Estados solo aplican los baremos de sus propios ordenamientos con carácter orientativo, ello no ha sido obstáculo para que, desde la Unión Europea, se haya exigido un seguro obligatorio que dio lugar a la conocida como Quinta Directiva, la Directiva 2005/14/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de mayo, cuya trasposición a nuestro ordenamiento interno se efectuó mediante la Ley 21/2007, de 11 de julio de reforma de la LRCSCVM. Esta Directiva establecía unas cuantías mínimas de indemnización tanto por daños corporales como por daños materiales y un sistema de actualización automática de los mismos.

En nuestro ordenamiento, la Ley 27/2007 establecía cuantías superiores a los mínimos establecidos por la Directiva.

4. En lo que se refiere a nuestro baremo de tráfico, hemos de hacer notar que su aplicación en el ámbito jurisdiccional no ha sido lo pacífica que cabía esperar de una disposición normativa.

Desde un primer momento los órganos jurisdiccionales pretendieron que el baremo no constituía sino un conjunto de normas orientadoras de su actividad jurisdiccional, la cual, según su criterio, incluía la valoración del daño en virtud de su vinculación con la valoración de la prueba practicada.

Con el criterio de que el baremo era inconstitucional por vulneración del artículo 117 CE, los órganos jurisdiccionales decidieron, pura y simplemente, no aplicarlo.

También se argumentaron otras razones de supuesta inconstitucionalidad, como la desigualdad que implica respecto de las víctimas perjudicadas en otras circunstancias diferentes de las de la circulación de vehículos a motor o el incumplimiento del principio de reparación integral, puesto que la determinación de algunas indemnizaciones podía ser menor al daño realmente infligido.

En este contexto, el Tribunal Constitucional se vio en la situación de tener que resolver recursos de amparo formulados contra las resoluciones de los jueces ordinarios, pero muy principalmente resolvió varias cuestiones de inconstitucionalidad acumuladas planteadas porque los jueces ordinarios consideraban que el baremo atentaba contra la integridad física y moral (artículo 15 CE).

El Tribunal Constitucional resolvió la cuestión afirmando que la determinación de una valoración legal sobre la vida no solo no era un atentado contra tal derecho sino que, por el contrario, formaba parte de las actuaciones que los poderes públicos estaban obligados a adoptar en su defensa, siempre que la cuantía fuese adecuada a la dignidad de la persona.

Además, el Tribunal Constitucional afirmó que el baremo era un sistema legal valorativo y que dicho carácter legal no permitía que los órganos jurisdiccionales pudiesen obviar su aplicación. Este pronunciamiento que no deja de ser llamativo en tanto en cuanto no hace sino recordar a los jueces y tribunales que están obligados a aplicar la ley.

Con la STC 37/2011 el Tribunal Constitucional dejó aclarado el carácter vinculante del baremo para la indemnización de los daños producidos por

los accidentes de tráfico, mas la indemnización de los daños ocasionados por otras actividades, como el ejercicio de la Medicina, seguía y sigue en la absoluta indefinición.

En esta situación se ha consolidado el criterio de que el baremo previsto para la evaluación del daño derivado de la circulación de vehículos a motor es aplicable de forma orientativa también a los daños producidos con ocasión de la prestación del servicio sanitario.

5. La asistencia médica es capaz de producir, y de hecho produce, daños que no están contemplados en el baremo de tráfico, ni sería lógico que lo estuvieran puesto que no es posible que se den en el contexto de la circulación vial.

Algunos de estos daños se subsumen en las grandes categorías que hemos contemplado en la tesis. Así, por ejemplo, dentro de la doctrina de la pérdida de oportunidad se indemnizan los errores o retrasos de diagnóstico y, por consiguiente, de tratamiento.

Como ha quedado expuesto, la doctrina de la pérdida de oportunidad trata de indemnizar la posibilidad incierta de que el resultado de la prestación médica recibida hubiera sido distinto y mejor para el paciente si dicha prestación se hubiera realizado de otro modo.

En la práctica, los criterios indemnizatorios seguidos tanto por los órganos administrativos como por los jurisdiccionales son absolutamente heterogéneos, incluso en las resoluciones emitidas por el mismo órgano:

En ocasiones se indemniza de acuerdo con el “prudente” criterio del tribunal, que no es sino una indemnización a tanto alzado ausente de motivación que la justifique, más allá de una genérica referencia a que “se han atendido las circunstancias del caso concreto”.

En otras ocasiones se indemniza realizando una identificación entre la pérdida de oportunidad y un daño moral para, sin solución de continuidad, indemnizar este conforme al “prudente” arbitrio y “tomando en consideración las circunstancias del caso”. Esta actuación, además de implicar una valoración del daño inmotivada, supone desconocer el concepto de la pérdida de oportunidad.

Por último, en otras ocasiones se pretende indemnizar efectivamente la pérdida de oportunidad: la incertidumbre sobre la posibilidad de un mejor estado de salud en el paciente si la actuación médica hubiera sido diferente. Dicha incertidumbre implica que no deba indemnizarse el daño que se padece en su integridad, sino parcialmente, porque no se sabe con certeza si dicho hipotético mejor resultado hubiera sido posible o no.

Para la determinación de esa valoración se entiende que lo procedente sería establecer un porcentaje de la cantidad indemnizable al daño que se padece, pero no un tanto por ciento cualquiera, como en ocasiones se ha efectuado, sino que ha de ser proporcional al porcentaje de oportunidad pérdida o, dicho de otro modo, de que los resultados hubieran sido mejores.

Llegados a este punto nos encontramos con una nueva dificultad: el baremo de tráfico valora lesiones y secuelas, pero no cuantifica otro tipo de daños. No se puede tomar el baremo de tráfico para determinar la valoración

de las posibilidades de curación de un cáncer o de mayores expectativas de vida si hubiera habido un diagnóstico más temprano.

La determinación de estos porcentajes de supervivencia, curación o mejor calidad de vida no puede quedar al “prudente” criterio de los jueces y magistrados porque, como se ha podido comprobar en la jurisprudencia examinada, ello conduce a enormes disparidades de criterio para casos semejantes ocurridos en circunstancias homogéneas.

La determinación de estos porcentajes debería realizarse por las sociedades científicas especialistas en cada una de las ramas de la medicina.

Otra actuación específica de la prestación sanitaria que provoca un elevado número de reclamaciones de responsabilidad patrimonial es la vulneración del derecho de información del paciente sobre los tratamientos, pruebas o intervenciones a las que se va a someter y la falta de obtención de su consentimiento informado para ello.

En esta cuestión las valoraciones efectuadas por la jurisprudencia son también de lo más heterogéneo:

Si la falta de consentimiento informado es causa directa del daño y concurre una lesión corporal, a veces se indemniza el daño corporal únicamente; otras veces se indemniza tanto el daño corporal como el daño moral derivado de la vulneración de derecho a la autonomía del paciente.

Si no concurre daño corporal existe la controversia acerca de si la sola omisión del consentimiento informado da lugar a indemnización o no. Hay pronunciamientos jurisprudenciales que consideran que se trata de un daño

autónomo del daño físico y que siempre que se haya sustraído al paciente información se ha vulnerado su derecho a la autonomía sobre su integridad física y moral.

Otras resoluciones sostienen que la mera vulneración de un derecho no determina la existencia de responsabilidad si no conlleva haber infligido un daño, para lo cual sería necesario que la omisión de información o de consentimiento hubiera sido la causa directa del daño.

En la actualidad existe una rigidez excesiva en la aplicación de indemnizaciones cuando no existe documento de consentimiento informado escrito y suscrito en los casos de cirugía y métodos “invasivos”. Por ello convendría delimitar el concepto de “invasivo”, ya que la interpretación lo puede llevar hasta una mera analítica sanguínea que exige un pinchazo con aguja u otras pruebas similares (electromiografía. PAAF, etc.).

Por otro lado, la legislación no contempla ni valora circunstancias como la existencia de pacientes crónicos que conocen perfectamente los procedimientos por haberse sometido a ellos con anterioridad ni lo que la jurisprudencia ha venido a denominar “juicio de verosimilitud”, que se trata de un juicio probabilístico acerca de la posibilidad de que el paciente no hubiera consentido de haber sido informado, para lo cual habría que tener igualmente en cuenta las circunstancias: alternativas posibles al tratamiento propuesto, eficacia de las mismas, posibilidades de curación sin el tratamiento, etc.

La Agencia de Calidad del SNS y las sociedades científicas también podrían participar en la elaboración de documentos de consentimiento

informado rigurosos, es decir, inclusivos de los riesgos de la actuación médica, de forma exhaustiva pero sin incorporar riesgos que no deberían producirse si dicha actuación es correcta. En definitiva, no practicando medicina defensiva.

Estas cuestiones son susceptibles de ser contempladas en la elaboración de un baremo sanitario que, hoy por hoy, no existe aunque su conveniencia haya sido planteada en más de una ocasión. En esta Legislatura ha sido objeto de estudio, como hemos visto, por parte del Consejo Asesor de Sanidad.

6. Las circunstancias expuestas motivan suficientemente la conveniencia de la elaboración de un baremo sanitario.

Como hemos podido comprobar las decisiones de los órganos jurisdiccionales no solo no son homogéneas sino que son cambiantes. La propia doctrina del Tribunal Supremo es variable e inconstante. Ello supone que en los órganos judiciales inferiores estas oscilaciones y diversidad de criterios se reproducen y multiplican, lo que lesiona de forma evidente la seguridad jurídica.

Este es un hecho importante y grave: no solo supone una vulneración del principio de seguridad jurídica, que es uno de los pilares del Estado de Derecho, sino que también perjudica e impide la realización de una de las funciones esenciales del Derecho mismo, que no es otra que dar al individuo un marco de conducta en el que sea capaz de conocer sus derechos y obligaciones. Esto es, precisamente, lo que no ocurre en la responsabilidad patrimonial de la Administración sanitaria: el enfermo, en cuanto sujeto

pasivo de la prestación médica, no puede conocer *a priori* hasta dónde alcanza su derecho a ser indemnizado si dicha prestación no es llevada a cabo dentro de un estándar de calidad exigible.

La ausencia de un baremo para la indemnización del daño ocasionado por la Administración sanitaria también conlleva una quiebra del principio de igualdad. En efecto, la disparidad de criterios jurisprudenciales supone que se resuelvan de forma diversa casos en los que las lesiones son similares y la forma en que se produjeron y sus circunstancias también.

En virtud de ello, se presenta como conveniente la elaboración de un baremo sanitario. La presente tesis pretende contribuir a poner de manifiesto dicha conveniencia y aun necesidad.

7. En la actividad relacionada con la prestación de servicios médicos o sanitarios concurren circunstancias equiparables a las que se dan en el ámbito de circulación de vehículos a motor y que en su día motivaron la decisión del Tribunal Constitucional sobre la preceptividad del baremo de tráfico.

Es preciso comprometerse en la tesis sobre la cuestión relativa a si el baremo sanitario que consideramos necesario y cuya elaboración proponemos ha de ser orientativo o vinculante.

Sin desconocer lo polémico de la cuestión, y las razones bien fundadas que justifican dicha controversia y que han quedado expuestas en la tesis, entendemos que el baremo sanitario debería ser vinculante.

La prestación sanitaria es un servicio público que forma parte de las políticas sociales y asistenciales del Estado social que garantiza el artículo 1 CE, en cuyo desarrollo se dictó en 1986 la Ley General de Sanidad, que creó el Sistema Nacional de Salud y planteó, por primera vez en nuestro ordenamiento jurídico, la universalidad de la asistencia sanitaria.

Una década después, con los Pactos de Toledo de 1995 se decidió que la sanidad se financiase al margen de la Seguridad Social y a cargo de los presupuestos generales del Estado, lo que determinó que para poder recibir asistencia sanitaria pública no era necesario estar incorporado a ninguno de los regímenes de la Seguridad Social.

La conjunción de ambas circunstancias implicó un enorme crecimiento en el volumen asistencial sanitario, por lo que los daños ocasionados por las actuaciones médicas deben ponderarse adecuadamente en relación con el número de actos asistenciales, sin dejar de considerar que los avances médicos se traducen en técnicas que no son inocuas y que en multitud de ocasiones conllevan un riesgo implícito que debe ser conocido y asumido por quien quiera beneficiarse de las mismas para favorecer su salud.

Este contexto de enorme actividad asistencial unida al riesgo inherente a la práctica médica ha determinado un crecimiento del aseguramiento de la actividad sanitaria, así ya el artículo 46 de la Ley de Ordenación de Profesiones Sanitarias impone un seguro obligatorio para la asistencia médica privada. Pero también hay aseguramiento en la sanidad pública.

Sin perdernos en la conveniencia o no de que la Administración se asegure, lo que podría ser objeto de otra investigación, lo cierto es que es

razonable inferir que entre las causas que han podido motivar dichas decisiones se han encontrado, por una parte, el aumento de las reclamaciones y por otra, la ausencia de criterios predeterminados de valoración del daño.

Esta situación parece asemejarse a la que el Tribunal Constitucional apreció a la hora de considerar que el baremo de tráfico podía ser vinculante sin que ello fuese motivo de inconstitucionalidad.

8. Expresada esta posición, resulta imprescindible subrayar que la misma es compatible con el régimen de responsabilidad patrimonial de la Administración sanitaria vinculado al cumplimiento de la *lex artis*, sin sustituir este por el de responsabilidad objetiva por riesgo.

La creación del riesgo lleva implícita la atribución de responsabilidad objetiva por dicho motivo. No obstante, creemos que este criterio no es predicable respecto del servicio de prestación de asistencia sanitaria.

El daño corporal en el ámbito sanitario se produce, habitualmente, de forma violenta, no natural, es decir, no suele corresponderse con la evolución de un proceso patológico sino, por el contrario, con la adopción de medidas antinaturales, decididas y aplicadas para detener, revertir o eliminar dicho proceso patológico.

Esas actuaciones que denominamos “violentas” implican la invasión del cuerpo humano mediante la aplicación de técnicas en virtud de las cuales se introducen objetos de material quirúrgico en el cuerpo, se secciona este y se sutura, llegándose en ocasiones a la mutilación.

Esta actividad, por sí sola, puede ocasionar lesiones y secuelas tanto si su ejecución ha sido efectuada de forma impecable como si se ha incurrido en mala práctica o en negligencia. En definitiva, la Medicina es una actividad de riesgo.

Pero es una actividad en la que resulta esencial la ponderación de beneficios frente a los riesgos, pues no cabe perder de vista que no se trata de arriesgarse sin utilidad sino con la finalidad de obtener la curación del enfermo o una mejoría sustancial en su calidad de vida o en su tiempo de supervivencia. Debemos considerar, por lo tanto, que quien vaya a beneficiarse de la prestación médica y de la asistencia sanitaria para obtener dichas ventajas debe asumir los riesgos inherentes a las mismas.

Así, la asistencia sanitaria es una actividad de riesgo en la que no cabe la imputación objetiva sino en virtud de unos estándares de calidad que podemos reunir en dos: la adecuación de la actuación médica a la *lex artis ad hoc* y la cláusula de los riesgos del progreso.

9. A la hora de evaluar el daño producido es relevante considerar que solo las actuaciones médicas llevadas a cabo al margen de la *lex artis* son indemnizables, tomando así como criterio de imputación el de la adecuación de la actividad sanitaria a la *lex artis* o su apartamiento de la misma.

La adecuación de la asistencia prestada a la *lex artis* se valora de acuerdo a una diversidad de criterios:

El primero de los criterios sería la revisión de si la prestación sanitaria se ha ajustado a los protocolos: La apreciación de que la atención sanitaria se

ajusta a *lex artis* a menudo se fundamenta en que se hayan seguido los protocolos del centro sanitario o de la sociedad de la especialidad médica de que se trate, de tal modo que se entiende que si se ha seguido el protocolo la actuación médica ha sido correcta y se ha ajustado a la *lex artis*.

Sin perjuicio de lo expuesto, el seguimiento estricto de los protocolos no siempre es posible, por lo que hay ocasiones en las que no cabe considerar la inadecuación como mala praxis sin contar otros elementos susceptibles de valoración. Así, por ejemplo, pueden concurrir en el paciente una pluralidad de patologías en cuya virtud no sea posible aplicar una concreta técnica o medida diagnóstica o terapéutica indicada según protocolo.

En segundo término, es preciso recordar que la actuación médica implica una obligación de medios, no de resultados.

Ello se traduce en que se deben aplicar al paciente todos los medios disponibles para su diagnóstico y tratamiento.

Esta obligación de medios debe entenderse ceñida al contexto del momento y a las circunstancias en que se efectúa la asistencia, es decir, atendiendo a los síntomas que presenta el paciente y probabilidades, en función de los mismos, de que padezca una determinada patología. No cabe, por lo tanto, exigir la aplicación de medios diagnósticos para supuestos en los que la probabilidad de padecimiento de una enfermedad susceptible de ser diagnosticada con los mismos sea escasa en el momento del diagnóstico. Tampoco cabe considerar omisión de medios si la relación entre los riesgos que corre el paciente por el sometimiento a una prueba o tratamiento son elevados en relación a los beneficios del mismo o a las posibilidades de

diagnóstico. En definitiva, lo que procede es un empleo de medios ordinarios y diligencia para cerciorarse del diagnóstico, sin que se pueda cuestionar el diagnóstico inicial en función de la evolución posterior. Ello implica realizar las pruebas diagnósticas exigibles, que no es lo mismo que todas las posibles.

La obligación de medios que constituye la asistencia sanitaria pública ha de limitarse a los medios razonables y adecuados a la situación que presente el paciente.

Una distinción importante en torno al cumplimiento o no de la *lex artis* es la que procede subrayar entre medicina curativa y medicina satisfactiva. Su diferenciación determina importantes diferencias de alcance jurídico:

La distinción consiste, a grandes rasgos, en que la medicina curativa o medicina asistencial es una medicina de medios que persigue la curación y la medicina satisfactiva u optativa es una medicina de resultados a la que se acude voluntariamente para lograr una transformación satisfactoria del propio cuerpo.

En la medicina curativa, la diligencia del médico consiste en emplear todos los medios a su alcance para conseguir la curación del paciente, que es su objetivo; en la medicina satisfactiva no es la necesidad lo que lleva a someterse a ella, sino la voluntad de conseguir un beneficio estético o funcional, elemento que acentúa la obligación del facultativo de obtener un resultado e informar sobre los riesgos y pormenores de la intervención o de la actuación médica de que se trate.

En la cirugía satisfactiva u optativa el resultado buscado opera como obligación comprometida por el profesional, de tal manera que su consecución es el principal criterio normativo de la intervención.

Por el contrario, cuando se actúa ante un proceso patológico, que por sí mismo supone un encadenamiento de causas y efectos que hay que abordar para restablecer la salud o conseguir la mejoría del enfermo, el quebranto en la salud del enfermo que dicho proceso supone es la motivación que exige la aplicación de los medios indicados para obtener el mejor resultado posible, siendo la adecuación de dichos medios, la diligencia y la pericia en la actuación los criterios normativos aplicables.

También existen circunstancias que pueden hacer presumir que no se ha actuado con adecuación a la *lex artis*, tal es el caso de lo que se denomina daño desproporcionado.

Se entiende por daño desproporcionado un resultado inusual o anormalmente grave en relación con la media de resultados en intervenciones médicas de similar naturaleza.

Se trata, por lo tanto, de un juicio probabilístico o juicio de presunciones: a través de una deducción obtenida de la anormalidad de las consecuencias se afirma que el médico no ha actuado con los recursos actuales de la ciencia o con una conducta profesional diligente

En los supuestos de infección contraída en el entorno hospitalario la adecuación a la *lex artis* queda acreditada siempre que la Administración sanitaria demuestre que se realizó la profilaxis antibiótica correspondiente

en función del tipo de cirugía de que se trate: cirugía sucia (heridas traumáticas no recientes con tejido desvitalizado, que son patológicas, o víscera perforada), contaminada (herida abierta accidentalmente reciente - menos de 4 horas-), limpia potencialmente contaminada (intervención quirúrgica en la que se penetra en tracto respiratorio digestivo o genitourinario), limpia (intervención quirúrgica en la que no se penetra en tracto digestivo respiratorio, genitourinario, cavidad orofaríngea, ni se accede a tejidos infectados o procesos inflamatorios patentes).

La buena práctica médica exige también la aplicación de procedimientos de asepsia en área quirúrgica, instrumental y del personal sanitario.

Cumplidos estos requisitos no ha lugar a responsabilidad por la contracción de infecciones nosocomiales –o intrahospitalarias- ya que las mismas se consideran un riesgo inherente al ingreso hospitalario.

Ahora bien, el hecho de contraer la infección en el entorno hospitalario determina una inversión de la carga de la prueba en cuya virtud la Administración debe probar la adecuación a la *lex artis*, resultando que si no lo hace procedería estimar la reclamación.

10. La expresión legal de la cláusula de los riesgos del progreso se contiene actualmente en el artículo 34.1 LRJSP – el equivalente al artículo 141.1 LRJ-PAC- que dispone:

“No serán indemnizables los daños que se deriven de hechos o circunstancias que no se hubiesen podido prever o evitar según el estado de los conocimientos de la ciencia o de la técnica existentes en el momento de

producción de aquellos, todo ello sin perjuicio de las prestaciones asistenciales o económicas que las leyes puedan establecer para estos casos”.

En atención a este precepto, no son indemnizables los daños derivados de actuaciones sanitarias cuyos efectos perniciosos no fueran conocidos en el momento de aplicación de las mismas.

Un ejemplo de estos casos de exclusión de la responsabilidad, pese a la concurrencia de riesgo, son los supuestos de tratamientos experimentales y ensayos clínicos en los que el consentimiento informado sobre los riesgos del tratamiento, así como sus incertidumbres, excluye la responsabilidad patrimonial.

En aplicación de esta doctrina tampoco se consideran indemnizables los contagios de hepatitis C o VIH por transfusiones de sangre antes de que fuera posible su detección mediante analítica de la sangre y sus derivados, con carácter profiláctico.

Tampoco se consideran indemnizables los efectos secundarios de medicamentos prescritos cuando dichos efectos aún no habían sido descritos y los medicamentos se consideraban seguros.

11. El baremo sanitario cuya elaboración propugnamos debería ser complementario del baremo de tráfico.

Ante la existencia de un baremo de tráfico ya presente que contempla con exhaustividad las lesiones corporales y la propuesta de elaboración de baremo sanitario surge inevitablemente la cuestión de si este ha de ser

específico o, por el contrario, un baremo en materia sanitaria podría ser complementario del baremo ya existente para accidentes de tráfico.

Hay argumentos que podrían apoyar ambas opciones: a favor de un baremo sanitario completo y con autonomía propia pueden argumentarse las muchas especificidades que tienen lugar en el ámbito de la Medicina y, muy especialmente, que no se parte de una situación de sanidad integral de la víctima.

Sin embargo, parece haber más argumentos a favor de que el baremo sanitario sea complementario del ya existente para accidentes de circulación. En primer lugar, la finalidad del baremo es favorecer tanto a las víctimas como a las entidades pagadoras (Administración, aseguradoras, medicina privada) desde el punto de vista de la seguridad jurídica. También se argumenta que favorecería la rapidez en la tramitación de las indemnizaciones y los acuerdos extrajudiciales.

Sin perjuicio de tales beneficios, considero que lo más relevante es que se cumplan adecuadamente los principios de reparación del daño.

Por lo tanto, desde esta perspectiva, en la que no puede aceptarse que la finalidad de establecer un baremo sanitario pueda ser un intento de reducir las indemnizaciones, la opción de un baremo complementario implica una clara economía de medios en tanto en cuanto ya existe una valoración de muchos de los daños de carácter corporal que pueden producirse también en el ejercicio de la asistencia sanitaria.

Despreciar el trabajo técnico ya realizado no implica sino una pérdida de tiempo, ya que a nadie se le oculta que una cosa es la lesión que se indemniza y otra muy distinta el origen de la misma. Dicho de otro modo: la pérdida de un miembro es igual con independencia de que la misma la ocasione un accidente de circulación o una asistencia sanitaria defectuosa.

Ello no obstante, permanece la necesidad de concretar y aunar en un solo documento una evaluación adecuada y justa de los daños específicos que pueden producirse en el ámbito del ejercicio de la Medicina y que no se contemplan en el baremo actual ya que dichos daños no pueden traer causa de accidentes de tráfico.

No puede obviarse que el daño corporal contemplado en el baremo de tráfico puede corresponder (salvo las especificidades sanitarias) con el daño derivado de la actuación médica, con independencia de que el hecho causante sea diferente.

Además, no sería deseable que la aprobación de un baremo sanitario pudiese perjudicar a las víctimas en comparación con la situación actual. La aprobación de un baremo sanitario debe contemplar y satisfacer todos los intereses en la medida de lo posible pero sin superponer unos a otros.

La Ley 35/2015, de 22 de septiembre, de reforma del sistema para valoración de los daños y perjuicios causados a las personas en accidentes de circulación ha venido a solventar muchas de las críticas que se hacían al anterior baremo de tráfico.

No cabe perder de vista que las especificidades del daño en el ámbito sanitario hasta ahora se vienen indemnizando en buena medida bajo el concepto de daño moral, tal es el caso de pérdida de calidad de vida o reducción de la esperanza de vida. Se pretende afirmar que estas cuestiones no han sido tenidas en cuenta en el baremo de accidentes de circulación, pero no puede compartirse este criterio: no es cuestionable que el baremo recoge e indemniza la pérdida de calidad de vida y lesiones que pueden implicar una reducción de la esperanza de vida, así como otros aspectos unidos al daño corporal, como el dolor físico, la ansiedad, etc.

En este sentido, el baremo cumple con el principio de indemnidad.

Las críticas al baremo anterior por entender que no cumplía con los principios de vertebración (separar los daños patrimoniales de los personales) y de diferenciación (separar las distintas subcategorías especificando el montante de indemnización que corresponde a cada una de ellas) quedan subsanadas por el baremo establecido por la Ley 35/2015, de 22 de septiembre, que en su artículo 33 da solución a este inconveniente.

También se ha criticado al baremo poca especificidad para distinguir entre perjuicios ordinarios y perjuicios particulares en cada una de las categorías. Es una crítica que ha quedado manifiestamente superada con la reforma operada por la Ley 35/2015, de 22 de septiembre, como ha quedado expuesto en la tesis.

12. Procede apuntar algunas propuestas para la elaboración de un baremo sanitario, sin que se pretenda en modo alguno que las mismas tengan carácter exhaustivo ni deban ser asumidas, pues, en virtud de los

antecedentes normativos, doctrinales y jurisprudenciales que hemos expuesto en la tesis, es obvio que se trata de cuestiones susceptibles de discusión desde el punto de vista jurídico.

Entendemos que es preciso que la valoración del daño producido en el entorno sanitario, y por su causa, deje de ser un enigma para cada caso concreto; que la determinación de la cuantía de la indemnización conforme a la prudencia y razonabilidad de los órganos jurisdiccionales se ha traducido en disparidades, ausencia de criterios y hasta de motivación y, sobre todo, la consideramos incompatible con los principios de reparación integral y vertebrada, pues se ha venido traduciendo en indemnizaciones genéricas que no distinguen la naturaleza del daño y, frecuentemente, engloban parte de los daños producidos por la Administración sanitaria bajo el amplísimo concepto del daño moral.

Por ello, y casi con carácter preliminar, propugnamos que en la norma en la que se pudiese establecer el baremo sanitario se exija a la víctima en el momento de efectuar su reclamación y a la Administración y al órgano judicial en el momento de dictar sus resoluciones una explicitación de los daños indemnizables y de las cuantías que corresponden a cada uno, con referencia expresa a las bases tomadas para su cálculo. En congruencia con este planteamiento, consideramos que la determinación de indemnizaciones a tanto alzado y sin motivación concreta deben quedar proscritas expresamente por la ley.

Para los daños corporales y los daños patrimoniales resultantes de los mismos consideramos que es plenamente aplicable el baremo previsto para las víctimas de accidentes de circulación, con su extenso y exhaustivo

catálogo de lesiones y secuelas y su actual fórmula de multiplicando y multiplicador para el cálculo del lucro cesante.

Consideramos que es también susceptible de baremación el daño moral, para impedir la existencia de cuantificaciones arbitrarias. En este complicado asunto proponemos la determinación de una escala u horquilla de cuantías objetivas con diferentes montos indemnizatorios en función de las circunstancias concurrentes en cada caso: gravedad del daño, edad, perjudicados convivientes con la víctima, otras relaciones de afectividad que no impliquen convivencia, dependencia económica de la víctima, etc.

No se oculta que una objetivación total no es posible, pero entendemos que cuanto mayor sea la extensión de circunstancias particulares consignadas por el legislador más se favorecen la seguridad jurídica y el principio de igualdad.

13. Con la propuesta de la elaboración de un baremo sanitario, complementario del de tráfico y atribuyendo a ambos carácter vinculante, se propicia una mayor seguridad jurídica, la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos, así como el sometimiento de estos a la ley, en aplicación del principio de legalidad y con la garantía del Estado de Derecho, característica constituyente de nuestra forma de Estado, cuya vigencia y efectividad corresponde asegurar a todos y cada uno de los operadores jurídicos.

ÍNDICE DE JURISPRUDENCIA

PARTE I: PRESUPUESTOS DE LA VALORACIÓN DEL DAÑO CAPÍTULO I. EL DAÑO. TIPOLOGÍA DEL DAÑO

| RESOLUCIÓN | REPERTORIO | NOTAS |
|---|-----------------|-------|
| Sentencia de la Cámara de los Lores <i>Rookes vs. Barnard</i> (1964) | AC 1129 | 42 |
| STS de 6 de diciembre de 1912 , Sala Primera, Sección 1ª | (TOL 5.051.925) | 32 |
| STS de 17 de febrero de 1956 , Sala Primera, Sección 1ª | (TOL 4.379.219) | 33 |
| STS de 12 de julio de 1999 , Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección 6ª | (TOL 1.715.900) | 29 |
| STS de 31 de mayo de 2000 , Sala Primera | (TOL 6.613) | 30 |
| STS de 20 de enero de 2004 , Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección 7ª | (TOL 340.538) | 15 |
| STS de 22 de febrero de 2006 , Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección 6ª | (TOL 846.463) | 15 |
| STS de 26 de marzo de 2012 , Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección 4ª | (RJ 2012/5102) | 43 |

CAPÍTULO II. FUNCIÓN DEL DERECHO DE DAÑOS CAPÍTULO IV. SISTEMA EMPÍRICO

| RESOLUCIÓN | REPERTORIO | NOTAS |
|--|---|---------|
| <i>Andrews vs. Freeborough</i> (1967), | 1 Queen's Bench 1, 14 C | 92 |
| <i>Arafa vs. Potter</i> (1994), | Personal Injury Quantum Reports, 73 y 79. | 88 |
| <i>Coke vs. Wiseman</i> (1982), | 1 Weekly Law Reports 71, 85. | 94 |
| <i>Housecroft vs. Brunett</i> (1986) | 1 All England Law Reports 332, Decisions of the English Court Appeal 339-340. | 93 |
| <i>Phillips vs. London & South Western Railway Co</i> (1879) | 4 Queens Bench Division, 406, 407, 408. | 85 y 96 |
| <i>Ward vs. James</i> (1966) | 1 Queen's Bench, págs. 273 y 293 a | 86 |

| | | |
|-----------------------------|---------------------------------|----|
| | 294. | |
| <i>Wise vs. Kaye</i> (1962) | 1 Queen's Bench 638 y 650 | 89 |
| <i>Wise vs. Kaye</i> (1962) | 1 Queen's Bench 638, 644 y 645. | 91 |

PARTE II: VALORACIÓN DEL DAÑO Y BAREMO SANITARIO

CAPÍTULO I. LA APLICACIÓN DEL BAREMO PARA LA VALORACIÓN DE DAÑOS CAUSADOS A LAS PERSONAS EN ACCIDENTES DE CIRCULACIÓN

| RESOLUCIÓN | REPERTORIO | NOTAS |
|---|-------------------|---|
| STS 280/1997 , de 26 de marzo de 1997, Sala de lo Civil, Sección 1ª | (TOL 3.540.565) | 129 |
| STS 543/1997 , de 19 de junio de 1997, Sala de lo Civil, Sección 1ª | (TOL 3.673.671) | 130 |
| STC 181/2000 , de 29 de junio, Pleno, sobre las cuestiones de inconstitucionalidad acumuladas: 3536/96, 47/97, 1115/1997, 2823/97, 3249/97, 3297/97, 3556/97, 3949/97, 5175/97 y 402/98. | (TOL 119.783) | 132, 137, 138, 140, 143, 147, 149 y 154 |
| STC 274/2005 , de 7 de noviembre, Sala Primera | (TOL 756.158) | 146 |
| STC 277/2005 , de 7 de noviembre, Sala Primera | (TOL 756.161) | 141, 156 y 158 |
| STC 5/2006 , de 16 de enero, Sala Primera | (TOL 817.412) | 142 y 159 |
| STS 58/2006 , de 10 de febrero de 2006, Sala de lo Civil, Sección 1ª | (TOL 839.274) | 144 |
| STC 36/2006 , de 13 de febrero, Sala Primera | (TOL 834.044) | 157 |
| STC 117/2006 , de 24 de abril, Sala Primera | (TOL 889.154) | 148 |
| STC 180/2007 , de 10 de septiembre, Sala Primera | (TOL 1.144.463) | 150, 152 y 155 |
| STC 47/2009 , de 23 de febrero, Sala Segunda | (TOL 1.457.072) | 151 y 153 |

PARTE II: VALORACIÓN DEL DAÑO Y BAREMO SANITARIO

CAPÍTULO II. CRITERIOS JURISPRUDENCIALES PARA LA VALORACIÓN DE LOS DAÑOS ESPECÍFICOS SIGUIENTES:

| RESOLUCIÓN/DICTAMEN | REPERTORIO | NOTAS |
|---|---|-----------|
| Dictamen del Consejo de Estado de 4 de diciembre de 2003. | (TOL 4.123.580) | 226 |
| Dictamen del Consejo de Estado de 26 de octubre de 2006. | Base de datos de Dictámenes, referencia 1654/2006. Documento CE-D-2006-1654 | 230 |
| Dictamen del Consejo de Estado de 9 de junio de 2011. | (TOL 2408014) | 231 y 242 |
| Dictamen del Consejo Consultivo de Andalucía 432/2008, de 23 de julio. | (http://www.ccandalucia.es , número marginal: II.389) | 210 |
| Dictamen del Consejo Consultivo de Andalucía 580/2009, de 15 de septiembre. | (http://www.ccandalucia.es , número marginal: II.544) | 208 |
| Dictamen del Consejo Consultivo de Andalucía 869/2009, de 29 de diciembre. | (http://www.ccandalucia.es , número marginal II.807 (TOL 4661157)) | 240 |
| Dictamen del Consejo Consultivo de Andalucía 248/2010, de 28 de abril. | (http://www.ccandalucia.es , número marginal: II.229) | 241 |
| Dictamen del Consejo Consultivo de Andalucía 848/2010, de 20 de diciembre. | (http://www.ccandalucia.es , número marginal: II.678) | 207 |
| Dictamen del Consejo Consultivo de Andalucía 803/2013, de 27 de noviembre. | (http://www.ccandalucia.es , número marginal: II.771) | 233 |
| Dictamen del Consejo Consultivo de Andalucía 672/2014, de 14 de octubre. | (http://www.ccandalucia.es , número marginal: II.641) | 227 |
| Dictamen del Consejo Consultivo de Castilla-La Mancha 25/2009, de 25 de febrero. | (http://consultivo.jccm.es) | 211 |
| Dictamen del Consejo Consultivo de Castilla-La Mancha 443/2013, de 20 de diciembre. | (http://consultivo.jccm.es) | 234 |
| Dictamen del Consejo Consultivo de Castilla y León 209/2009, de 21 de abril de 2009. | (http://www.cccyl.es/es/dictamenes) | 209 |
| Dictamen del Consejo Consultivo de Castilla y León 354/2014, de 29 de agosto de 2014. | (http://www.cccyl.es/es/dictamenes) | 235 |
| Dictamen del Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid 191/13, de 14 de mayo de 2014. | (http://www.madrid.org/ccmadrid/) | 239 |
| Dictamen del Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid 195/13, de 14 de mayo de 2014. | (http://www.madrid.org/ccmadrid/) | 232 |

| | | |
|---|---|----------------|
| Dictamen del Consejo Consultivo de la Región de Murcia 184/2006, de 1 de enero de 2006. | (TOL 4652530) | 236 y 237 |
| Dictamen del Consejo Consultivo de la Región de Murcia 107/2014, de 1 de enero de 2014. | (TOL 4654216) | 237 |
| Dictamen del Consejo Consultivo de la Región de Murcia 309/2014. | (TOL 4654325) | 238 |
| Dictamen del Consejo Consultivo del Principado de Asturias 180/2014, de 24 de julio de 2014 | (http://www.ccasturias.es) | 228 |
| Dictamen del Consejo Jurídico Consultivo de la Comunidad Valenciana 2014/0414, de 24 de julio de 2014. | (http://portales.gva.es/cjccv/) | 229 |
| STS de 25 de abril de 1994 , Sala Civil, Sección 1ª. | (TOL 1.665.404) | 177, 274 y 278 |
| STC 215/1994 , de 14 de julio, Pleno. | (TOL 82.620) | 282 |
| STS de 10 de octubre de 1995 , Sala Civil, Sección 1ª. | (TOL 1.668.044) | 275 |
| STS de 6 de junio de 1997 , Sala Civil, Sección 1ª. | (RJ/1997/4610) | 290 |
| STS de 5 de junio de 1998 , Sala Civil, Sección 1ª. | (RJ/1998/4275) | 276, 280 y 293 |
| STS de 19 abril 1999 , Sala Civil, Sección 1ª | (TOL 5.120.863) | 177 |
| STS de 24 de septiembre de 1999 , Sala Civil, Sección 1ª. | (RJ/1999/7272) | 277 y 279 |
| STS de 4 de abril de 2000 , Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 6ª. | (TOL 56.840) | 183 |
| STS de 4 de abril de 2000 , Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 6ª. | (TOL 1.716.583) | 188 |
| STS de 3 de octubre de 2000 , Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 6ª. | (TOL 216.732) | 283 |
| STS de 12 enero 2001 , Sala Civil, Sección 1ª. | (TOL 4.964.609) | 177 |
| STS de 11 de mayo de 2001 , Sala Civil, Sección 1ª. | (TOL 4.974.267) | 270 |
| STS de 7 de junio de 2001 , Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 6ª. | (TOL 4.919.472) | 176 |
| STS de 7 de junio de 2002 , Sala Civil, Sección 1ª. | (TOL 4.975.726) | 291 |
| SAN 13 de noviembre de 2002 , Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 4ª. | (JUR 2003/25811) | 244 |
| SAN de 15 de octubre de 2003 , Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 4ª. | (JUR/2003/264821) | 257 |

| | | |
|--|-----------------|----------------|
| STS de 18 de diciembre de 2003 , Sala Civil, Sección 1ª). | (RJ/2003/9302) | 294 |
| STS de 20 de abril de 2005 , Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 6ª. | (TOL 646.723) | 182, 190 y 197 |
| STS de 9 de mayo de 2005 , Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 3ª. | (TOL 657.106) | 189 |
| STS de 16 de mayo de 2005 , Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 6ª. | (TOL 675.380) | 195 |
| STS de 22 de junio de 2005 , Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 6ª. | (TOL 698.318) | 196 |
| STS de 10 de mayo de 2006 , Sala Civil, Sección 1ª. | (TOL 942.250) | 172 |
| STS de 4 de julio de 2007 , Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 6ª. | (RJ 2007/ 6617) | 245 |
| STS de 6 de julio de 2007 , Sala Civil, Sección 1ª. | (TOL 1.116.555) | 296 |
| STS de 19 de julio de 2007 , Sala Civil, Sección 1ª. | (RJ/2007/4692) | 289 |
| STS de 23 de noviembre de 2007 , Sala civil, Sección 1ª. | (RJ/2008/24) | 295 |
| STS de 1 de febrero de 2008 , Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 3ª. | (TOL 1.281.687) | 175 |
| STS de 19 de junio de 2008 , Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 3ª. | (TOL 1.335.851) | 174 |
| STS de 4 de noviembre de 2008 , Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 6ª. | (TOL 1.401.291) | 297 |
| STS de 25 de marzo de 2010 , Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 3ª. | (TOL 1.829.994) | 184 |
| STS de 25 de mayo de 2010 , Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 4ª. | (RJ/2010/5227) | 260 |
| STSJ Cataluña de 17 de enero de 2011 , Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 4ª. | (TOL 2.093.252) | 191 |
| STC 37/2011, de 28 de marzo , Sala Segunda. | (TOL 2.084.764) | 200 |
| STS de 13 de mayo de 2011 , Sala Civil, Sección 1ª. | (TOL 2.182.368) | 205 |
| STS de 20 de mayo de 2011 , Sala Civil, Sección 1ª. | (TOL 2.129.823) | 206 |
| STS de 31 de mayo de 2011 , Sala Civil, Sección 1ª. | (TOL 2.145.221) | 185 |
| STS de 29 de junio de 2011 , Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 4ª. | (TOL 2.188.364) | 298 |
| STS de 20 de septiembre de 2011 , Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 4ª. | (RJ/2011/7161) | 258 |
| STS de 19 de octubre de 2011 , Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 4ª. | (RJ/2012/1298) | 254 |
| STS de 27 de diciembre de 2011 , Sala Civil, Sección 1ª. | (TOL 2.368.597) | 180 |
| STS de 2 de enero de 2012 , Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 4ª. | (RJ 2012/2) | 246 |
| STS de 16 de enero de 2012 , Sala de lo Civil, Sección 1ª. | (TOL 2.411.900) | 261 |
| STS de 28 de febrero de 2012 , Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 4ª. | (RJ 2012/4307) | 247 |

| | | |
|---|-------------------|-----|
| STS de 20 de marzo de 2012 , Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 4ª. | (RJ/2012/4808) | 255 |
| STS de 28 de marzo de 2012 , Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 4ª. | (TOL 2.517.936) | 281 |
| STS de 22 de mayo de 2012 , Sala de lo Contencioso-Administrativo , Sección 4ª. | (RJ/2012/6930) | 248 |
| STS de 23 de mayo de 2012 , Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 4ª. | (TOL 2.557.896) | 250 |
| STS de 19 de junio de 2012 , Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 4ª. | (RJ/2012/8064) | 251 |
| STS de 5 de noviembre de 2012 , Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 4ª. | (RJ/2012/10351) | 252 |
| STS de 27 de noviembre de 2012 , Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 4ª. | (RJ/2013/435) | 253 |
| STS de 3 de diciembre de 2012 , Sala de lo Contencioso-Administrativo. Sección 4ª. | (RJ/2013/560) | 249 |
| STS de 14 de octubre de 2014 , Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 4ª. | (JUR/2014/265007) | 256 |

BIBLIOGRAFÍA

- ACCIARI, H. e IRIGOYEN TESTA, M.: “Funciones alternativas a la compensación: prevención y punición”, en GÓMEZ POMAR, F. y MARÍN GARCÍA, I.: El daño moral y su cuantificación, Barcelona, Bosch Wolter Kluwer, 2015.
- ALONSO PÉREZ, M.: “La relación médico-enfermo, presupuesto de responsabilidad civil (En torno a la lex artis)”, en MORENO MARTÍNEZ, J. A. (coord.): Perfiles de la responsabilidad civil en el nuevo milenio, Madrid, Dykinson, 2000.
- ALFONSO X: “Séptima Partida, Título XV. De los daños que los hombres o las bestias hacen en las cosas de otros de cualquier naturaleza que sean”, en Las Siete Partidas glosadas por el Licenciado Gregorio López, edición facsímil BOE, 26 de diciembre de 1985.
- ASENSI PALLARÉS, E. y CID-LUNA CLARES, I.: “La evolución de la doctrina de la pérdida de oportunidad en la responsabilidad médica”, en Revista CESCO de Derecho de Consumo, núm. 8/2013.
- ASÚA GONZÁLEZ, C.: “Pérdida de oportunidad de la responsabilidad sanitaria”, en Cuadernos Aranzadi Civil, Cizur Menor, Thomson Aranzadi.
- ASÚA GONZÁLEZ, C.: “Responsabilidad civil médica”, en Tratado de Responsabilidad Civil, Cizur Menor, Thomson Aranzadi, 2006,
- ATAZ LOPEZ, J.: “Las wrongful actions en materia de responsabilidad médica”, en GARCÍA GARNICA, M. C. y ORTÍ VALLEJO, A.: La responsabilidad civil por daños causados por servicios defectuosos: estudio de la responsabilidad civil por servicios susceptibles de provocar daños a la salud y seguridad de las personas, Cizur Menor, Aranzadi, 2006.
- BARRIENTOS ZAMORANO, B.: El resarcimiento del daño moral en España y en Europa, Salamanca, Ratio Legis, 2007.
- BELADIEZ ROJO, M.: Responsabilidad e imputación de daños por el funcionamiento de los servicios públicos, Madrid, Tecnos, 1997.
- BERROCAL LANZAROT, A. I.: “A propósito de la responsabilidad civil médica. La teoría de la pérdida de oportunidad y del resultado daño desproporcionado”, en Revista de la Escuela de Medicina Legal, Universidad Complutense de Madrid, 2011, pág. 36
- BLUMSTEIN, J. F., BOUBJERG, R. R. Y SWAN, F. A.: “Valuing Life and Limb in Tort: Shedulling <<Pain and Suffering>>”, en Northwestern University Law Review, núm. 4, Vol. 83, 1989.
- BLUMSTEIN, J. F.: “Beyond Tort Reform: Developing Better Tools for Assessing Damages in Personal Injury”, en Yale Journal on Regulation, 1991.

- BOROBIA FERNÁNDEZ, C.: Valoración del daño corporal. Legislación, metodología y prueba pericial médica, Barcelona, Essevier Doyma Masson, 2007.
- BUERES, A. y PICASSO, S.: “La función de la responsabilidad civil y los daños punitivos”, en Revista de Derecho de Daños, II, 2011.
- CAAMAÑO DOMÍNGUEZ, F.: “Leyes al por mayor, derecho a la diferencia y garantía judicial”, en Revista Española de Derecho Constitucional, núm. 60, 2000.
- CABEZUELO ARENAS, A. L.: “El consentimiento presunto o autorización de paciente inferida de otras intervenciones anteriores”, en Derecho Privado y Constitución, núm. 27, 2013.
- CANO CAMPOS, T.: “La transmisión <<mortis causa>> del derecho a ser indemnizado por daños no patrimoniales causados por la Administración”, en Revista de Administración Pública, núm. 191, 2013.
- CARRASCO PERERA, A: Derecho de contratos, Cizur Menor, Aranzadi, 2010.
- COLBY, T.B.: “Beyond the Multiple Punishment Problem: Punitive Damages as Punishment for Individual, Private Wrongs”, en Minnesota Law Review, vol. 87, 2003.
- COLBY, T.B.: “Clearing the Smoke from Philip Morris v. Williams: The Past, Present and Future of Punitive Damages”, en The Yale Law Journal, Vol. 118, núm. 3, 2008.
- COUSY, H. y DROSHOUT, D.: “Non pecuniary loss Under Belgian Law”, en ROGERS, H.: Damages for Non Pecuniary Loss, in a Comparative Perspective, Torts and Insurance Law, Vol II, Nueva York, Springer, 2001.
- CRIADO RÍO, M. J.: Valoración médico legal del daño a la persona. Valoración del daño corporal. Tomo II. Doctrina médico legal de valoración de daños personales, Madrid, Colex, 2010
- CRIADO RÍO, M. J.: Valoración médico legal del daño a la persona. Valoración del daño corporal. Tomo III. Derecho penal, civil y mercantil, Madrid, Colex, 2010.
- DE ÁNGEL YAGÜEZ, R.: “Consentimiento informado: algunas reflexiones sobre la relación de causalidad y el daño”, II Congreso de la Asociación de Abogados Especializados en Responsabilidad Civil y Seguro, Granada, 2002.
(<http://www.jus.unitn.it/cardoza/Review/2006/Yaguez.pdf>).
- DE ÁNGEL YAGÜEZ, R.: “Diagnóstico genéticos prenatales y responsabilidad, Parte I”, en Revista de Derecho y Genoma humano, núm. 4. 1996.
- DE ÁNGEL YAGÜEZ, R.: “Las indemnizaciones de los daños personales en España en comparación con los países europeos”, en Revista de Derecho de la circulación, núm. 5, septiembre-octubre, 1992.

- DE ÁNGEL YAGÜEZ, R.: Responsabilidad civil por actos médicos. Problemas de prueba, Madrid, Civitas, 1999.
- DE ÁNGEL YAGÜEZ, R.: “Sobre la eventual limitación de las indemnizaciones en daños personales derivados de la circulación”, en Documentación jurídica. Coloquios sobre la responsabilidad civil del automóvil. XXX Aniversario Coloquios de Bilbao, Madrid, 1994.
- DE ÁNGEL YAGÜEZ, R.: Tratado de responsabilidad civil, Madrid, Civitas, 1993.
- DEROBERT, L.: La réparation juridique du dommage corporel. Paris, Flammarion Medicine-Sciences, 1986.
- DÍAZ REGAÑÓN GARCÍA ALCALÁ, C.: Responsabilidad objetiva y nexo causal en el ámbito sanitario, Granada, Comares, 2006.
- DÍEZ PICAZO, L.: Derecho de Daños, Madrid, Civitas, 1999.
- DÍEZ PICAZO, L.: El escándalo del daño moral, Cizur Menor, Thomson Civitas, 2008.
- DÍEZ PICAZO, L.: Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial V. La responsabilidad civil extracontractual, Cizur Menor, Civitas Thomson Reuters, 2011.
- FERNÁNDEZ CASTILLO, M. A.: “Problemas actuales de la responsabilidad civil por accidentes de circulación. Los factores de corrección para casos de muerte e incapacidad permanente, a la luz de la sentencia del Tribunal Constitucional, de 19 de junio de 2000”, en Revista Tráfico y Seguridad Vial, núm. 21, 2000.
- FERNÁNDEZ ENTRALGO, J.: “La guerra del Baremo: la sentencia”, en Jueces para la Democracia, núm. 38, 2000.
- FERRANDO, G.: “Nascita indesiderata, situazioni protette e danno risarcibile”, en DÁNGELO, A.: Un bambino non voluto è un danno risarcibile?, Milano, Giuffré Editore, 1999.
- FISHER, D.: “Tort recovery for loss of a chance”, en 36 Wake Forest Law Review 605 (2001).
- FUENTESECA DEGENEFFE, M.: “El delito civil en Roma y en el Derecho Civil español, Tesis doctoral de la Universidad de Alicante, 1995”.
<http://rua.ua.es/dspace/bitstream/10045/3511/1/Fuenteseca%20Degeneffe,%20Margarita.pdf>
- GALÁN CORTES, J. C.: “Consentimiento informado y nexo causal en la jurisprudencia”, en Actualidad Jurídica Aranzadi, 2006.
- GALÁN CORTÉS, J. C.: Responsabilidad médica y consentimiento informado, Civitas, Madrid, 2001.

- GARCÍA DE ENTERRÍA, E.: Los principios de la nueva Ley de Expropiación Forzosa, Madrid, Civitas, 2007.
- GARCÍA LÓPEZ, R.: Responsabilidad civil por daño moral. Doctrina y jurisprudencia, Barcelona, Bosch, 1990.
- GARCÍA-BLÁZQUEZ PÉREZ, M. y MARA GARCÍA-BLÁZQUEZ, C.: Nuevo manual de Baremación del Daño Corporal, Granada, Comares, 2013.
- GARCÍA BLÁZQUEZ, M., FERNÁNDEZ NOGUERAS, V., REGIDOR MARTÍNEZ, M. J. y REINER PALMA, E.: Diccionario teminológico y de valoración de secuelas recogidas en la Ley 30/1995. Daños corporales en los accidentes de circulación, Granada, Comares, 1999, pág. 616.
- GÁZQUEZ SERRANO, L.: “Introducción al Sistema para la valoración de los daños y perjuicios causados a las personas en accidentes de circulación, regulados en el anexo de la Ley sobre responsabilidad civil y seguro en la circulación de vehículos a motor”, en LÓPEZ Y GARCÍA DE LA SERRANA, J. (director): Manual de valoración del daño corporal. Guía de aplicación del Sistema de Baremación para Accidentes de Circulación”, Cizur Menor, Thomson Reuters Aranzadi, 2013.
- GASCÓN ABELLÁN, M.: “Prueba de la causalidad en pleitos de daños y pérdida de oportunidad”, En HERRADOR GUARDIA, M.J. (coord.): Derecho de Daños, Madrid, Sepin, 2011.
- GÓMEZ LIGÜERRE, C.: “Concepto de daño moral”, en GÓMEZ POMAR, F. y MARÍN GARCÍA, I.: El daño moral y su cuantificación, Barcelona, Bosch Wolters Kluwer, 2015.
- GÓMEZ POMAR, F.: “Daño moral”, en InDret Revista para el Análisis del Derecho 1/2000.
- GÓMEZ, F. y PASTOR, S.: “El Derecho de accidentes y la responsabilidad civil: un análisis económico y jurídico”, Anuario de Derecho Civil, Tomo XLIII, fascículo 2, 1989.
- HINOJOSA FONSECA, R.: “La valoración del daño a la persona y la Medicina Legal”, en Anales de la Real Academia de Medicina del Principado de Asturias, 2008. (www.rampra.org/pdf/anales2008/anales2008-6.pdf).
- HOYA COROMINA, J.: “La valoración del daño corporal”, en Perfiles de la Responsabilidad Civil en el Nuevo Milenio, Madrid, 2000.
- JIMÉNEZ LECHUGA, F. J.: “La creación de riesgos como consecuencia de la circulación de vehículos a motor y las exigencias de reparación integral de los daños ocasionados a los particulares. Los sistemas de aseguramiento de riesgos. En particular, el caso de la STC 181/2000, de 29 de junio”, en Revista de Administración Pública, núm. 155, 2001.
- KEMP y KEMP: The quantum of damages in personal injury and fatal accidents claims, Vol. III, Londres, Thomson , 2015.

- KING, J. H., Jr.: "Causation, valuation and chance in personal injury torts involving preexisting conditions and future consequences", 90 Yale Journal (1981).
- KING, J. H. Jr.: "Reduction of likelihood. Reformulation and other retrofitting of the loss of a chance doctrine", en 28 University of Memphis Law Review (1998).
- LLAMAS POMBO, E.: Cumplimiento por equivalente y resarcimiento del daño al acreedor, Madrid, Trivium, 1999.
- LLAMAS POMBO, E.: "Responsabilidad médica, culpa y carga de la prueba", en MORENO MARTÍNEZ, J. A. (coord.): Perfiles de la responsabilidad civil en el nuevo milenio, Madrid, Dykinson, 2000.
- MACHICADO, J.: Imperatoris Iustiniani opera: Corpus Iuris Civilis, Cuerpo del Derecho del Ciudadano romano, La Paz, Centro de Estudios de Derecho, 2007 (<http://h1.ripway.com/ced>)
- MARKENSIS, B. S. y UNBERATH, H: The German Law of Torts: A comparative Treatise, Oxford, Hart Publishing, 2002.
- LUNA YERGA, A.: "Oportunidades perdidas. La doctrina de la pérdida de oportunidad en la responsabilidad civil médico-sanitaria", en InDret Revista para el Análisis del Derecho 02-05, nº 288.
- MACÍA MORILLO, A.: La responsabilidad médica por los diagnósticos preconceptivos y prenatales (Las llamadas acciones de "wrongful birth" y "wrongful life"), en Valencia, Tirant lo Blanch, 2005.
- MARTÍN CASALS, M. y SOLÉ FELIÚ, J.: "20 problemas en la aplicación de la Ley de responsabilidad por productos defectuosos y algunas propuestas de solución (II)", en "Práctica de Derecho de daños", en Revista de responsabilidad civil y seguros, núm. 10.
- MARKENSIS, B. S. y UNBERATH, H: The German Law of Torts: A comparative Treatise, Oxford, Hart Publishing, 2002.
- MARTÍN CASALS, M. y SOLÉ FELIÚ, J.: "Comentario al artículo 1902 del Código Civil", en DOMÍNGUEZ LUELMO, A. (dir.): Comentarios al Código Civil, Valladolid, Lex Nova, 2011.
- MARTÍN CASALS, M. y SOLÉ FELIÚ, J.: "Anticoncepciones fallidas e hijos no previstos", en InDret Revista para el Análisis del Derecho 03/2011.
- MARTÍN CASALS, M. y SOLÉ FELIÚ, J.: "Comentario a la STS de 7 de junio de 2002", en Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil, núm. 60, Civitas, 2002.
- MARTÍN CASALS, M. y SOLÉ FELIÚ, J.: "El daño moral", en CÁMARA LAPUENTE, S. (coord.): Derecho Privado europeo, Madrid, Colex, 2003.

- MARTÍN CASALS, M.: “La <<modernización>> del Derecho de la responsabilidad extracontractual», en XV Jornadas de la Asociación de Profesores de Derecho Civil, <http://derechocivil.net/APDC-2011-PONENCIA-CASALS.pdf>, 2011.
- MARTÍN CASALS, M.: “Líneas generales de la propuesta y sus disposiciones directivas”, en Revista de Responsabilidad Civil, Seguro y Tráfico, Sepin, 2015.
- MARTÍN CASALS, M.: “Notas sobre la indemnización del daño moral en las acciones por difamación de la LO 171982”, en Asociación de Profesores de Derecho Civil. Centenario del Código Civil (1889-1989), Tomo II, Madrid, CEURA, 1991.
- MARTÍN CASALS, M.: “Sobre la propuesta del nuevo <<sistema de valoración de los daños y perjuicios causados a las personas en los accidentes de circulación>>: exposición general y crítica”, en Revista de la Asociación Española de Abogados Especializados en Responsabilidad Civil y Seguro, núm. 50, 2014.
- MARTÍN CASALS, M.: “Wrongful conception and wrongful birth cases un Spanish law: two wrongs in search of a right”, en MAGNUS, U. y SPIER, J.: European Tort Law. Liber amicorum for Helmut Koziol, Frankfurt Main, Berlín, Berna, Bruselas, Nueva York, Oxford, Viena, Peter Lang, 2000.
- MARTÍN REBOLLO, L.: “Ayer y hoy de la responsabilidad patrimonial de la Administración: un balance y tres reflexiones”, en La responsabilidad en el Derecho, Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid, núm 4, 2000.
- MEDINA ALCOZ, L.: “Hacia una nueva teoría general de la causalidad en la responsabilidad civil contractual (y extracontractual): la doctrina de la pérdida de oportunidades”, en Revista de responsabilidad civil y seguro, núm. 30 segundo semestre año 2009.
- MARTÍNEZ RODRÍGUEZ, N.: “La doctrina de la pérdida de oportunidad en la responsabilidad sanitaria”, en LLAMAS POMBO, E. (director): Estudios sobre las responsabilidad sanitaria. Un análisis interdisciplinar, Las Rozas, La Ley Temas, 2014.
- MEDINA ALCOZ, L.: “La responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas (I). Sintagma. Fundamento. Función”, en CANO CAMPOS, T. (coord.): Lecciones y materiales para el estudio del Derecho Administrativo. Tomo IV. Las garantías de los ciudadanos y el control de las Administraciones públicas, Madrid, Iustel, 2009.
- MEDINA ALCOZ, L.: “La responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas (II). Elementos. Factores de exoneración”, en CANO CAMPOS, T. (coordinador): Lecciones y materiales para el estudio del Derecho Administrativo, Las garantías de los ciudadanos y el control de las Administraciones Públicas, tomo IV, Madrid, Iustel, 2009.

- MEDINA ALCOZ, L.: La teoría de la pérdida de oportunidad. Estudio doctrinal y jurisprudencial del Derecho de daños público y privado.
Cizur Menor, Thomson Civitas, 2007.
- MEDINA CRESPO, M: “El resarcimiento de los perjuicios personales en la propuesta de reforma del sistema legal valorativo”,
en Revista de Responsabilidad Civil, Seguro y Tráfico,
Sepin, 2015.
- MEDINA CRESPO, M.: “El resarcimiento del perjuicio estético”,
en II Congreso Nacional de Responsabilidad Civil y Seguro,
Córdoba, 2001
(<http://civil.udg.edu/cordoba/pon/medina.htm>).
- MEDINA CRESPO, M.: La bendición constitucional del Baremo. Razones y consecuencias,
Madrid, Dykinson, 2000.
- MEDINA CRESPO, M.: “La Sala Primera del Tribunal Supremo y los baremos del daño corporal, comentario a la Sentencia de 19 de junio de 1997”,
en Actualidad Jurídica Aranzadi, 23 de abril de 1998, núm. 439.
- MEDINA CRESPO, M.: La valoración civil del daño corporal. Bases para un tratado. Análisis jurídico del sistema en la Ley 30/1995. Doctrina y jurisprudencia, Tomo I,
Madrid, Dykinson, 1999.
- MEDINA CRESPO, M.: “Los principios institucionales de la valoración del daño y su discutido acogimiento en el Sistema de la Ley 30/1995”,
en LÓPEZ GARCÍA DE LA SERRANA, J. (director). Manual de valoración del daño corporal: Guía de aplicación del sistema de Baremación para Accidentes de Circulación,
Cizur Menor, Thomson Aranzadi, 2013.
- MEDINA CRESPO, M: “Primeras nociones sobre el texto elaborado por el Comité de Expertos para la Propuesta de reforma del Sistema Legal Valorativo”,
en Revista de la Asociación Española de Abogados Especializados en Responsabilidad Civil y Seguro,
núm. 50, 2014.
- MEDINA CRESPO, M.: “Proyección de la doctrina constitucional sobre el funcionamiento del sistema valorativo de la ley 30/1995. El rango relevante de las circunstancias excepcionales de índole dañosa”,
en 2º Congreso de la Asociación Española de Abogados Especializados en Responsabilidad Civil y Seguro, Granada, 2002,
<http://www.asociacionabogadosrcs.org/ponencias/pon2-6.pdf>
- MEDINA CRESPO, M: “Responsabilidad patrimonial de la Administración pública sanitaria. Joven que muere tras cesárea y deja hija neonata, viudo y padres. Indemnización por la muerte por cuantía de 1.000.000 € más 60.000 € por la previa falta de consentimiento informado”,
en Revista de responsabilidad civil y seguro, núm. 31, 2013.
- MEDINA CRESPO, M.: Transmisión hereditaria del crédito resarcitorio por daños corporales. Reconocimiento y cuantía. Doctrina y jurisprudencia, Barcelona, Bosch, 2013.

- MIR PUIGPELAT, O.: Responsabilidad patrimonial en la Administración sanitaria. Organización, imputación y causalidad. Madrid, Civitas, 2.000
- MITCHELL POLINSKI, A. y SHAVELL, S.: "Punitive Damages: An Economic Analysis", en Harvard Law Review, 869, 1998.
- MONATERI, P. G.: "La responsabilidad civile", en SACCO, R. (director): Trattato di diritto civile, Turín, UTET, 1998.
- OSSORIO SERRANO, J.M.: "Introducción al Derecho de daños", en LÓPEZ Y GARCÍA DE LA SERRANA, J. (director): Manual de Valoración del Daño Corporal. Guía de Aplicación del Sistema de Baremación para Accidentes de Circulación, Cizur Menor, Thomson Reuters Aranzadi, 2013.
- PANTALEÓN PRIETO, F.: "Comentario al artículo 1.902 CC", en DÍEZ PICAZO, L., SALVADOR, P., PAZ-ARES, C. y BERCOVITZ, R. (coord.): Comentario del Código Civil, Tomo II, Ministerio de Justicia, 1991.
- PANTALEÓN PRIETO, F.: "Cómo repensar la responsabilidad civil extracontractual (también de las Administraciones Públicas)", en Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid, núm. 4, 2000.
- PANTALEÓN PRIETO, F.: "Los baremos indemnizatorios en la valoración de los daños a las personas", en Documentación Jurídica, núm. 86, Madrid, Ministerio de Justicia e Interior, 1995.
- PARRA SEPÚLVEDA, D.A.: "La evolución ético jurídica de la responsabilidad médica", en Acta bioethica, Vol.20, núm. 2, Santiago de Chile, 2014.
- PASQUAU LIAÑO, M.: "Infracción, daño moral y atribución de riesgos. A propósito de la evolución jurisprudencial sobre la RC por falta de información al paciente", en Revista de la Asociación de Abogados Especializados en Responsabilidad Civil y Seguros, núm. 43, 2012.
- PÉREZ TIRADO, J.: "El resarcimiento de los perjuicios patrimoniales, con especial mención al lucro cesante en caso de incapacidad permanente o fallecimiento. Comparativa de la regulación vigente y de la regulación propuesta", en Revista de Responsabilidad Civil, Seguro y Tráfico, Sepin, 2015.
- PINTOS AGER, J.: "Baremos", en InDret, Revista para el Análisis Jurídico 1/2000.
- PINTOS AGER, J.: Baremos, seguros y Derecho de daños, Madrid, Instituto Universitario de Derecho y Economía. Universidad Carlos III de Madrid, Civitas.
- PINTOS AGER, J.: "Sentencia del Tribunal Constitucional de 29 de junio de 2000, sobre el Baremo. Una oportunidad perdida", en InDret Revista para el Análisis del Derecho, 2000/3.

- PLAZA PENADÉS, J.: “La Ley 41/2002 básica sobre autonomía del paciente, información y documentación clínica”, en *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 562, 2003.
- PRIEST, G. L.: “The Current Insurance Crisis and Modern Tort Law”, *The Yale Law Journal*, 96, 1987.
- RAMOS GONZÁLEZ, S.: “Daño”, en SALVADOR CODERCH, P. (ed.) y otros: “El remedio indemnizatorio en el Derecho español de daños. Análisis, aplicación e instrumentos comparados”, en *InDret*, 4/2012, www.indret.com.
- REAL ACADEMIA ESPAÑOLA: *Fuero Juzgo en latín y en castellano cotejado con los más antiguos y preciosos códices*, Madrid, Ibarra, impresor de Cámara de S.M., 1815.
- REBOLLO PUIG, M.: “Enriquecimiento injusto y <<nemo auditur>> en el Derecho Administrativo”, en *Fundación Democracia y Gobierno Local*, QDL, 12 de octubre de 1996.
- REBOLLO PUIG, M.: *El enriquecimiento injusto de la Administración Pública*, Madrid, Marcial Pons, 1995.
- REGLERO CAMPOS, L. F.: “La sentencia del Tribunal Constitucional 181/2000, de 29 de junio, sobre el sistema de valoración de daños corporales de la Ley sobre responsabilidad civil y seguro en la circulación de vehículos a motor”, en *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm.449, 2000.
- REGLERO CAMPOS, L. F.: “Valoración de daños y Constitución. La sentencia del Tribunal Constitucional de 29 de junio de 2000, sobre el sistema de valoración de daños corporales de la Ley sobre responsabilidad civil y seguro en la circulación de vehículos a motor”, en REGLERO CAMPOS, L. F. (director): *Responsabilidad civil y seguro en la circulación de vehículos de motor*, Cizur Menor, Aranzadi, 1999.
- REGLERO CAMPOS, L.F.: “La Ley 21/2007, de 11 de julio de reforma de la Ley de Responsabilidad Civil y Seguro en la Circulación de Vehículos a Motor: la trasposición de la quinta Directiva CE”, en *InDret*, Revista para el Análisis del Derecho 4/2007, Barcelona.
- REGLERO CAMPOS, L.F.: *Accidentes de circulación: responsabilidad civil y seguro*, Centro de Estudios del Seguro, 1990.
- REGLERO CAMPOS, F. y MEDINA ALCOZ, L.: “La doctrina de la pérdida de oportunidad”, en REGLERO CAMPOS, F. (coord.): *Tratado de Responsabilidad Civil*, Tomo I, Parte general, Cizur Menor, Thomson Aranzadi, 2008.
- RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, I.: “Justicia conmutativa y derecho de daños: los orígenes escolásticos de la responsabilidad civil”, en *Teoría y Derecho*, núm. 12/2013 (TOL 4.051.563).
- RODRÍGUEZ MARÍN, C.: “Importancia y manifestaciones actuales del daño en el régimen de responsabilidad civil extracontractual”, en LÓPEZ Y GARCÍA DE LA SERRANA, J.: *Manual de valoración del daño corporal. Guía de aplicación del Sistema de Baremación para Accidentes de Circulación*, Cizur Menor, Thomson Reuters Aranzadi, 2013.

- ROGERS, H.: "Non pecuniary loss Under English Law",
en ROGERS, H.: *Damages for Non Pecuniary Loss*, in a
Comparative Perspective, Torts and Insurance Law, Vol II, Nueva York, Springer, 2001.
- ROSSETTI, M.: *Il Danno alla Salute*,
CEDAM- Wolters-Kluwer, 2009.
- ROSSETTI, M.: *Il danno non patrimoniale. Cos'è, como si accerta e como si liquida*,
Milano, Giuffrè, 2010,
- SALVADOR CODERCH, P. y CASTIÑEIRA PALOU, M.T.: *Prevenir y Castigar. Libertad de información y expresión, tutela del honor y funciones del derecho de daños*,
Madrid, Marcial Pons, 1997.
- SALVADOR CODERCH, P.: "Los más y los mejores. Indemnizaciones sancionatorias (Punitive Damages),
jurados, jueces profesionales y agencias reguladoras",
en *InDret Revista para el Análisis del Derecho* 2/2003, 135, 2003.
- SALVADOR CODERCH, P.: "Punitive Damages",
en *InDret Revista para el Análisis del Derecho* 1/2000, 013, Barcelona, 2000.
- SÁNCHEZ FIERRO, J.: "El baremo de daños de origen sanitario",
en *Revista Española de la Función Consultiva* núm. 21, 2014.
- SÁNCHEZ GONZÁLEZ, M. P.: "Responsabilidad de la Administración por daños morales",
en QUINTANA LÓPEZ, T.: (dir.), *La responsabilidad patrimonial de la Administración Pública*, tomo I,
2.ª ed., Valencia, Tirant lo Blanch, 2013.
- SÁNCHEZ GONZÁLEZ, M.P.: "El daño moral. Una aproximación a su configuración jurídica",
en *Revista de Derecho Privado*, julio-agosto, 2006.
- SERRANO MOLINÉS, E.: *Responsabilidad civil médica por diagnósticos preconceptivos y prenatales*,
Trabajo de Fin de Grado de la Facultad de Derecho de la Universidad de Zaragoza,
(<https://zaguan.unizar.es>).
- SEYMOUR, J.: *Childbirth and the Law*, Oxford, Oxford University Press, 2000.
- TIRADO SUÁREZ, F. J.: "La doctrina constitucional sobre el baremo de indemnización de daños corporales.
Comentario a la sentencia del Tribunal Constitucional 181/2000, de 29 de junio",
en *Derecho privado y Constitución*, núm. 14, 2000.
- VELASCO CABALLERO, F.: "Crónica de procesos sobre inconstitucionalidad de Leyes en aspectos no
competenciales",
en *VVAA: La libertad ideológica. Actas de las VI Jornadas de la Asociación de Letrados del Tribunal
Constitucional*, Madrid, Centro Estudios Constitucionales, Madrid.
- VICENTE DOMINGO, E.: "La sentencia del Tribunal Constitucional de 29 junio 2000 sobre el Baremo de daños
corporales",
en *Actualidad Civil*, núm. 43.

- VICENTE DOMINGO, E.: «El daño»,
en L. F. REGLERO CAMPOS (coord.), Tratado de responsabilidad civil, tomo I,
Cizur Menor, Aranzadi, 2002.
- VICENTE DOMINGO, E.: Los daños corporales: tipología y valoración,
Barcelona, Bosch, 1994.
- VINEY, G. Y MARKESINIS, B. S.: La réparation du dommage corporel. Essai de comparaison des droits anglais
e français, París, Economica, 1985.
- XIOL RÍOS, J.A.: “Distinción entre el daño moral y la indemnización por pérdida de oportunidades en la
responsabilidad médica y de abogados”,
en HERRADOR GUARDIA, M. J.: Derecho de daños, Cizur Menor, Thomson Reuters Aranzadi, 2013.
- XIOL RÍOS, J. A.: “El consentimiento informado”,
en Revista Española de la Función Consultiva núm. 16, 2011.
- XIOL RÍOS, J. A.: “El ocaso de la jurisprudencia constitucional sobre valoración del daño corporal”,
en Revista de la Asociación Española de Abogados Especializados en Responsabilidad Civil y Seguro,
núm. 50, 2014.
- XIOL RÍOS, J. A.: “La valoración del daño corporal. En especial, el perjuicio estético”,
en Curso de plan de formación de Jueces y Magistrados: Responsabilidad civil y seguro de la circulación
vial,
San Sebastián, Consejo General del Poder Judicial y Gobierno Vasco, 2000.
- XIOL RÍOS, J. A. y BASTIDA FREIJEDO, F. J.: Autonomía del paciente, responsabilidad patrimonial y derechos
fundamentales, Madrid, Fundación coloquio Jurídico europeo, 2012.
- YZQUIERDO TOLSADA, M.: “La responsabilidad civil médico-sanitaria al comienzo de un nuevo siglo. Los
dogmas creíbles y los increíbles de la jurisprudencia”,
en Derecho Sanitario, vol 9, nº 1, enero-junio 2001.